



Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Vânia Raquel Fernandes Dias

**GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA. OPERAÇÃO BANCÁRIA:
NEUTRA OU ATIVA?**

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito e Mercados Financeiros

Orientadora:

Professora Doutora Margarida Lima Rego, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Lisboa, 2017

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Vânia Raquel Fernandes Dias

**GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA. OPERAÇÃO BANCÁRIA:
NEUTRA OU ATIVA?**

Dissertação de Mestrado em Direito e Mercados Financeiros

Orientadora:

Professora Doutora Margarida Lima Rego

Coorientador:

Professor Doutor Jorge Miguel Bravo

Lisboa, 2017

Declaração Anti Plágio

Eu, Vânia Raquel Fernandes Dias, declaro que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada ao longo da obra, a qual se encontra redigida ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

Agradecimentos

Apesar de a tese ser um trabalho individual, o contributo de algumas pessoas não pode deixar de ser referenciado.

Em primeiro lugar, agradeço ao meu namorado Miguel Barroqueiro por todo o apoio que me tem dado, pela confiança, pela solidariedade, pela paciência, pela compreensão, pela partilha de emoções, pela cumplicidade, pela motivação e, sobretudo, pela pessoa que és. Pois, sem ti nada disto teria sido possível.

Em segundo lugar, à minha mãe, Elisabete Fernandes, o meu suporte, a minha melhor amiga, a minha força de acreditar e minha fonte de inspiração um especial obrigado por estares sempre ao meu lado, por acreditares sempre em mim e nas minhas capacidades, por chorares comigo e, principalmente, por poder partilhar contigo aqueles que foram os momentos de maior felicidade da minha vida que, no fundo, também foram os teus.

Em terceiro lugar, à minha irmã pelo facto de ter contribuído para o meu crescimento enquanto pessoa. Pois, apesar das adversidades que a vida nos tem proporcionado, juntas, sempre conseguimos ultrapassá-las, transformando-as em desafios que acreditamos e acreditámos sermos capaz de vencer.

Em quarto lugar, à minha orientadora, Professora Doutora Margarida Lima Rego, pela atenção, pela disponibilidade, pela prontidão e pela partilha de conhecimentos que me foi prestada ao longo de todo este trajeto.

Por último, à família e aos amigos pelas palavras de encorajamento e pela força.

Lista de Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art. – Artigo

CC – Código Civil

Cfr. – Conforme

Cit. – Citado

IFM – Instituições Financeiras Monetárias

N.º - Número

P. – Página

PP. – Páginas

Proc. - Processo

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

SS. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

Vol. – Volume

Resumo

As operações bancárias são cada vez mais recorrentes no nosso quotidiano e isso é justificado pelo papel que as instituições de crédito desempenham na economia mundial enquanto intermediárias financeiras.

O ativo, o passivo e os capitais próprios são as rubricas que compõem a estrutura de balanço destas instituições.

Todavia, fora da folha de balanço dos bancos ficam as contas extrapatrimoniais, nas quais são registadas as garantias pelo facto de não colocarem a instituição de crédito numa posição de credora ou de devedora, tais como: a fiança, a hipoteca e o aval.

Não obstante, a garantia autónoma, à semelhança do mútuo bancário, é dotada de todos os elementos que constituem o conceito deste último, tais como: os juros, as comissões, o capital, o risco, a confiança e a (contra)garantia. E, como tal, também a garantia autónoma, enquanto direito de crédito da instituição, deveria figurar no lado do ativo do balanço bancário, consubstanciando, deste modo, uma verdadeira operação de concessão de crédito.

Em suma, a garantia autónoma apenas é intitulada de garantia porque o banco pode ser interpelado a cumprir a obrigação a que o devedor-ordenante estava vinculado, com o seu património.

Palavras – Chave: Garantia Bancária Autónoma; Operações Bancárias; Instituição de Crédito; Intermediários Financeiros; Garante; Beneficiário; Credor; Devedor.

Abstract

Banking operations are increasingly recurrent in our daily lives and this is justified by the role that credit institutions play in the world economy as financial intermediaries.

Assets, liabilities and equity are the items that make up the balance sheet structure of these institutions. However, off-balance sheet accounts are the off-balance-sheet accounts, where collateral is recorded because they do not place the credit institution in a creditor or debtor position, such as: bail, mortgage and collateral.

Despite of, like the mutual bank the autonomous guarantee includes all the elements that constitute the concept of the latter, such as interest, commissions, capital, risk, trust and (counter) guarantee. So, as a credit right of the institution, the autonomous guarantee should also be included on the asset side of the bank balance sheet, to be part of a genuine credit granting operation.

Finally, we called guarantee to the autonomous guarantee just because the bank may be called upon to fulfill the obligation to which the debtor-payer was bound with his assets.

Keywords: Banking Guarantee; Banking Operations; Credit Institution; Financial Intermediaries; Ensures; Recipient; Creditor; Debtor.

Introdução

Neste estudo a que me propus, analiso a garantia bancária autónoma, atualmente considerada como a mais segura, célere e eficaz das garantias, enquanto figura jurídica e enquanto operação bancária.

Da debilidade das garantias pessoais como a fiança e o aval e devido ao mecanismo complexo e moroso a que estavam sujeitas as garantias reais emerge no seio do comércio internacional, em meados de 1945, a garantia bancária autónoma.

Intitulada pelo Professor Galvão Telles de figura triangular, a garantia bancária autónoma assenta, em regra, num triângulo cujas faces são representadas por três relações jurídicas distintas: a relação entre o credor e o devedor; a relação entre o devedor – dador da ordem e o garante e, por último, a relação entre o garante e o credor beneficiário.

Todavia, esta figura, cada vez mais relevante na concretização de contratos quer no plano interno, quer internacional destaca-se de outras pelas suas características de autonomia e automaticidade.

Carecida de legislação específica, esta que é, na minha ótica, à semelhança do mútuo bancário uma operação de concessão de crédito despoletou em mim uma curiosidade: Será a garantia bancária autónoma uma garantia em sentido próprio ou literal ou, pelo contrário, um crédito bancário “consumido” pelo sentido figurado da palavra garantia?

Para melhor perceção desta temática decidi dividir este trabalho em quatro partes: as duas primeiras abordam a garantia bancária autónoma numa perspetiva jurídica e as duas últimas versam sobre a figura em questão num prisma mais económico-financeiro.

Iniciarei este estudo fazendo uma breve análise da garantia bancária autónoma, a qual incidirá na noção de garantia bancária autónoma e do respetivo contrato, apurando a sua origem e razão de ser, na sua estrutura, nas suas características fundamentais e nas modalidades que pode assumir.

Lançadas as bases deste estudo, partiremos então para aquela que é a questão final e central deste trabalho que se encontra supra mencionada.

Contudo, até chegarmos aquela que é a posição adotada, irei debruçar-me sobre o conceito de operações bancárias e de balanço bancário, analisando, posteriormente, figuras que, do meu ponto de vista, serão fulcrais, em termos comparativos, para dar resposta ao pretendido, tais como: o crédito bancário - operação ativa - e as garantias (pessoais) - operação neutra.

Capítulo I - Breve Análise à Figura Jurídica da Garantia Bancária Autónoma

I – Aspetos Introdutórios

1. Breve Perspetiva História: Origem e Evolução da Figura

O desenvolvimento do Comércio Internacional, em meados do século XX, ditou o surgimento da garantia bancária autónoma.¹

A exigência de uma garantia ideal pautava-se pela acessoriedade da fiança, pelas limitações do aval e pela inviabilidade económica do depósito.

Aliadas a um banco de sólida reputação que assegurasse a boa execução de contratos vultosos e de execução demorada, as qualidades internas da garantia autónoma tais como a sua sólida segurança, a sua enorme eficácia, a sua surpreendente celeridade e simplicidade espelharam a confiança mútua dos agentes económicos e, sobretudo, permitiram assegurar de forma mais segura e eficaz os direitos e interesses do credor-beneficiário. Por esse motivo, a utilização deste tipo de garantia bancária desenvolveu-se aceleradamente a partir de 1945 e, particularmente, depois da crise petrolífera de 1973.

A veloz difusão e aceitação prática desta figura rapidamente tornara-a fulcral para o Comércio Internacional, facilitando todo um processo que outrora era caracterizado como complexo e moroso.

2. Conceito de Garantia Bancária Autónoma

Em Portugal, apesar das referências feitas à figura, primeiro por Vaz Serra, em 1957, e por Mota Pinto, em 1970, o verdadeiro despertar da doutrina verificou-se no início dos anos oitenta, sucedendo-se desde então as mais doughtas contribuições dos autores portugueses², os

¹ Com antecedentes históricos prováveis no Império Romano, a sua primeira delimitação profunda surgiu no final do século XIX na Alemanha, pelo autor alemão RUDOLPH STAMMLER, que desbravou caminho nesta temática com o primeiro estudo conhecido acerca da distinção entre as garantias acessórias, como é o caso da fiança, e as autónomas como é o caso da figura em análise, que a apelidou por *garantieverträge* (ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, *Garantias Bancárias, O contrato de garantia à primeira solicitação* (parecer), in *Coletânea de Jurisprudência*, XI, 1986, p. 18.)

² CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, Relatório apresentado para o curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Comerciais, em 31 de Outubro de 1991, na Universidade Católica Portuguesa, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

quais não tardaram em ensaiar uma definição perfeita e completa de garantia bancária autónoma.

Esta que é considerada, atualmente, como a mais energética das garantias nas palavras de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES³ “a garantia autónoma é a garantia pela qual o banco que empresta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato”.

Por outras palavras, trata-se de uma garantia pessoal⁴ a qual “é prestada por uma entidade, normalmente um banco, que se obriga a entregar, a pedido de um terceiro, uma soma pecuniária previamente acordada ao beneficiário da garantia, quando este provar o incumprimento de uma determinada obrigação pelo terceiro, neste caso o devedor, ou, noutra modalidade, quando o beneficiário simplesmente o interpelar para tal.”⁵

SIMÕES PATRÍCIO⁶, por sua vez, afirma que estamos perante “um tipo negocial largamente utilizado no comércio internacional, onde a principal função que lhe é assinalada reside justamente em garantir o credor – em geral através da banca (e nesse contexto se denomina Bankgarantie) – contra o risco de inadimplemento do contraente estrangeiro devido a circunstâncias que a este podem inclusivamente ser estranhas, como o estado de guerra superveniente, alguns “faits du Prince”, etc”.

³ *Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação: Algumas Questões*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 289 e ss.; TELLES, Galvão, “*A Garantia Bancária Autónoma*”, in *O Direito*, ano 120.º, 1988, III-IV (Jul.-Dez.), pp. 283 e ss.

⁴ “Outra questão distinta, apesar de interligada, e com um interesse mais teórico do que prático, que se coloca é a de saber se o contrato autónomo de garantia é uma garantia especial e pessoal do cumprimento de uma obrigação ou uma garantia “não obrigacional” de resultado”. (...) A posição absolutamente maioritária na doutrina portuguesa é a de que a Garantia Bancária Autónoma, mesmo a automática, é uma verdadeira e própria garantia pessoal das obrigações. É esta a posição de Almeida Costa, Pinto Monteiro e de Galvão Telles. Contra estão os autores Paulo Sendim e Evaristo Mendes”- CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, II, Julho 1992, pp. 590 e ss.

⁵ CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

⁶ PATRÍCIO, José Simões, “*Preliminares sobre a garantia “on first demand”*”, *Advogados*, Ano 43, III, 1983, pp. 678 e ss.

Para MENEZES CORDEIRO⁷, a garantia autónoma é, no essencial, um contrato celebrado entre o interessado – o mandante – e o garante, a favor de um terceiro – o garantido ou beneficiário. Por vezes, ela é configurada como um contrato celebrado entre o garante e o beneficiário; porém, é do mandante que o garante recebe a comissão.

Por seu turno, em termos gerais, defende PESTANA VASCONCELOS⁸ que estamos perante uma garantia autónoma, em regra prestada por um banco, quando o garante assume face ao credor uma obrigação autónoma relativamente à obrigação garantida decorrente de um outro contrato, contrato base. Assim, verificados os pressupostos acordados entre as partes (credor e garante) para o funcionamento da garantia, o garante terá que realizar o pagamento de uma quantia pecuniária ao credor sem que lhe possa opor, como sucede na fiança, os meios de defesa decorrentes da relação entre este e o devedor da obrigação garantida, ou da relação entre o devedor e ele. Somente pode recorrer aos meios de defesa emergentes da relação de garantia.

Para MARGARIDA LIMA REGO⁹, o contrato de garantia autónoma pode definir-se como o contrato em que alguém – o garante – assume perante outrem – o beneficiário – o risco de verificação de um determinado resultado, positivo ou negativo, obrigando-se ao pagamento de uma prestação em caso, respetivamente, de verificação ou não verificação desse resultado. O resultado pode ou não relacionar-se com o cumprimento de uma obrigação de um terceiro perante o beneficiário.

Por último, FERREIRA DE ALMEIDA¹⁰ afirma que os contratos de garantia autónoma são, assim, aqueles em que uma pessoa (o garante) assume uma obrigação para a cobertura de um risco de outrem (o beneficiário), não podendo o garante opor ao credor os meios de defesa que a este seriam oponíveis pelo devedor.

Similares nas palavras e na sua extensão, as definições acima descritas destacam-se, sobretudo, pela sua perceção, clareza e harmonia.

Deste modo, é possível concluir que a garantia bancária autónoma insere-se numa estrutura negocial complexa, composta por um conjunto de contratos distintos e

⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*, Almedina, 2014, pp. 826 e ss.

⁸ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Almedina, 2011, pp. 125 e seguintes

⁹ REGO, Margarida Lima, "Garantias Bancárias e Seguros de Crédito e Caução" em *Direito Bancário – CEJ*, pp. 213 e ss.

¹⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Contratos III – Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco*, Almedina, 2015, 2ª edição, pp. 204 e ss.

independentes, mas com conexão entre si. Ou seja, a garantia autónoma assenta em três relações jurídicas, normalmente contratuais, distintas¹¹:

- Contrato base (de compra e venda, de empreitada, de transferências de tecnologias, de cooperação industrial...) celebrado entre duas partes (devedor e credor) o qual constitui a relação jurídica subjacente que se pretende garantir;

- Um contrato, classificado pela doutrina com dúvidas como sendo de mandato, celebrado entre o devedor da relação principal e um garante, normalmente um banco pelo qual este se obriga, mediante determinada retribuição, a prestar uma garantia ao credor-beneficiário, salvaguardando o seu direito de regresso imediato contra o devedor-dador da ordem;

- Contrato autónomo de garantia celebrado entre o garante e o credor-beneficiário, pelo qual o primeiro se obriga a entregar uma soma pecuniária determinada ao segundo logo que este prove o incumprimento da relação jurídica subjacente (contrato autónomo de garantia simples) ou de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação (contrato autónomo de garantia automática ou à “primeira solicitação”) mas, renunciando desde logo o garante, em qualquer caso, opor ao beneficiário as exceções relativas quer à relação jurídica principal, quer ao contrato celebrado com o dador da ordem.

Após ter satisfeito o pagamento ao beneficiário, o banco garante tem direito a ser reembolsado pelo dador da ordem da quantia entregue ao beneficiário da garantia, beneficiando, normalmente, o banco de garantias prestadas pelo dador da ordem, destinadas a assegurar o seu direito ao reembolso.¹²

3. Garantia Bancária Autónoma: Classificações

A garantia bancária autónoma ou, simplesmente, garantia autónoma assume três tipos de classificações. Quanto ao fim, quanto ao carácter direto e indireto da garantia e quanto à automaticidade são as classificações que seguidamente irão ser abordadas.

3.1. Classificação quanto ao fim

¹¹ CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

¹² CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

Apesar da escassa jurisprudência sobre esta temática, MANUEL CASTELO BRANCO¹³ estabelece a seguinte tipologia para as garantias autónomas quanto ao fim: *Bid Bonds* (Garantias de Subsistência de Oferta); *Performance Bonds* (Garantias de Boa Execução); *Repayment Bonds* (Garantias de Reembolso) e, por último, as *Standby Letter of Credit*.

Nas *Bid Bonds* a instituição garante compromete-se a pagar uma quantia determinada ao beneficiário na eventualidade de o garantido não cumprir com as formalidades atinentes à celebração do contrato. É a garantia típica dos contratos de empreitada.

As *Performance Bonds* são um tipo de garantia particularmente utilizadas em contratos de empreitada, contudo podem ser extensíveis a todos os contratos de prestação de serviços e de compra e venda. Nestas, a instituição garante ao beneficiário o correto e pontual cumprimento das obrigações ou prestações contratuais assumidas pelo outro contraente. Assim o garante será obrigado a pagar a quantia determinada quando aquela situação não se verifique. Ou, tal como define FERRER CORREIA “tem por objetivo a indemnização do dano resultante para uma das partes do incumprimento pela outra parte da prestação característica do contrato”.¹⁴

As *Repayment Bonds*, usualmente utilizadas em contratos-promessa de compra e venda, são um tipo de garantia em que a instituição garante ao beneficiário a restituição das quantias que o mandante tenha recebido. Em suma, destina-se a assegurar o reembolso de um pagamento feito antes da entrega da mercadoria pelo comprador ao vendedor, no caso de este não cumprir total ou parcialmente as suas obrigações.

A garantia de Boa Execução ou *Performance Bond* é, de entre as garantias acima descritas, a garantia mais usada no comércio internacional.

3.2. Classificação quanto ao carácter direto e indireto da Garantia¹⁵

Na garantia bancária autónoma direta, o devedor dá ordem ao banco garante para prestar a garantia diretamente ao beneficiário, sem qualquer intermediário. Na garantia bancária autónoma indireta, um segundo banco com sede no país do beneficiário atua como

¹³ BRANCO, Manuel Castelo, *A Garantia Bancária Autónoma no Âmbito das Garantias Especiais das Obrigações*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, I, Abril de 1993, pp. 71 e ss.

¹⁴ CORREIA, A. Ferrer, Doutrina – *Notas para o Estudo do Contrato de Garantia Bancária*, Revista de Direito e Economia, 1982, n.º 2, pp. 247 e ss.

¹⁵ CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

intermediário, recebendo a ordem de prestar a garantia de um outro banco-garante do país do devedor-dador da ordem, banco este que presta, por sua vez, uma contra garantia a favor do banco garante (intermediário).

As garantias bancárias indiretas são sobretudo utilizadas no comércio internacional, em operações de exportação, quando o beneficiário da garantia é um organismo do Estado ou uma empresa pública, ou quando a legislação, como é frequente em países do Médio Oriente, não permite a um banco estrangeiro funcionar diretamente como garante de um beneficiário nacional.

Em suma, a diferença entre a garantia bancária autónoma direta e indireta reside na sua estrutura triangular, no caso na primeira, e na sua estrutura quadrangular, no segundo caso. Embora a estrutura quadrangular da garantia bancária autónoma indireta tenha vindo a suscitar algumas perplexidades na jurisprudência sobretudo na área do direito internacional privado que, apesar do seu inegável interesse, se situam fora do âmbito deste estudo.

3.3. Classificação quanto à automaticidade

Segundo MARGARIDA LIMA REGO, “nem todas as garantias autónomas são automáticas: nem a automaticidade implica a autonomia, nem esta exige automaticidade, podendo existir garantias autónomas não automáticas”.

Isto é, desta afirmação podemos constatar que apenas as garantias bancárias autónomas que incluem a cláusula “de pagamento à primeira solicitação” são automáticas. Ao invés, as que não incluem esta cláusula são denominadas de garantias bancárias autónomas simples.

Em suma, quanto a este critério podemos destacar duas modalidades de garantia bancária autónoma: a garantia bancária autónoma simples e a garantia bancária autónoma à primeira solicitação (*on first demand*), sendo esta última a modalidade mais comum.

Na garantia bancária autónoma simples, o credor terá que provar o facto constitutivo do seu direito para o garante cumprir a sua obrigação¹⁶.

Se a garantia for à primeira solicitação, tal requisito é dispensado (não tem de fazer essa prova), bastando ao primeiro exigir o pagamento nos termos acordados. Estes podem limitar-se ao pedido “puro e simples”¹⁷, podem impor a justificação do pedido (especificando

¹⁶ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Almedina, 2011, pp. 125 e ss.

¹⁷ Sendo suficiente a alegação pelo beneficiário de que o evento se verificou.

o incumprimento do devedor-dador da ordem) ou pedido acompanhado de certos documentos (garantia com justificação documental)¹⁸.

De todo o modo, sendo uma garantia autónoma à primeira solicitação, assim que o pedido seja solicitado nos termos fixados no contrato de garantia, o garante será obrigado a cumprir de imediato sob pena de incorrer em mora¹⁹.

Porém, sendo a autonomia e a automaticidade características da figura em questão este tema será alvo de um maior desenvolvimento no ponto infra.

4. Características

4.1. Característica Fundamental: Autonomia²⁰

A autonomia é a característica essencial que individualiza o contrato de garantia bancária autónoma relativamente à fiança.

A autonomia, por oposição à acessoriedade, significa que a obrigação do garante, além de não se moldar na obrigação garantida, é independente desta. Isto é, a obrigação do garante encontra-se desligada da obrigação garantida.

Por autonomia tem-se entendido a inoponibilidade pelo garante ao beneficiário “das exceções fundadas na relação principal”²¹ “de que se pode fazer prevalecer o garantido”²², tais como: a nulidade, anulação, resolução, ou qualquer outra exceção decorrente da relação base donde emerge a obrigação garantida. Por outras palavras, autonomia significa a impossibilidade de o garante usar “os meios de defesa próprios do devedor garantido”, ou a não invocabilidade pelo garante de “quaisquer objeções sobre a subsistência ou validade do crédito do beneficiário face ao devedor”.

Os únicos meios de defesa que o garante se pode fazer prevalecer são os decorrentes do próprio contrato de garantia que mais adiante iremos abordar.

Importa, ainda, destacar o facto de a doutrina afirmar que a autonomia comporta graus, sendo menor na modalidade de garantia autónoma simples e maior na garantia autónoma à

¹⁸ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Almedina, 2011, pp. 125 e ss.

¹⁹ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Almedina, 2011, pp. 125 e ss.

²⁰ CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.; VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Almedina, 2011, pp. 125 e ss.

²¹ Cfr. ALMEIDA COSTA E PINTO MONTEIRO.

²² Cfr. GALVÃO TELLES.

primeira solicitação, e ainda que a autonomia não é absoluta, suportando limites de várias ordens.

Contudo e para finalizar, a autonomia do contrato autónomo de garantia é instrumental²³ no sentido em que está ao serviço da causa do próprio contrato e não pode significar a inoponibilidade de todas as exceções exteriores ao contrato de garantia.

4.2. Característica Eventual: Automaticidade

A automaticidade apenas introduz alterações na estrutura tradicional da garantia bancária autónoma ao nível da exigibilidade do cumprimento da obrigação do garante de entregar a quantia pecuniária acordada ao beneficiário.

Segundo ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO²⁴, “a cláusula à primeira solicitação atribui automaticidade à garantia autónoma. Se a garantia não for à primeira solicitação o beneficiário só pode exigir-la desde que prove o facto que é pressuposto do nascimento da obrigação de garantia. Diferentemente a cláusula à primeira solicitação possibilita ao beneficiário o exigir o pagamento da garantia mediante simples interpelação ao garante realizada de acordo com o estipulado na garantia, mas sem ter de justificar, sem ter de provar o bem fundado dessa reclamação. Razão tem assim A. Ferrer Correia ao afirmar que esta cláusula apresenta um rigor draconiano. Ultrapassa-se assim “o risco de se ter de provar a ocorrência dos pressupostos que condicionam o direito do beneficiário”.

Ou seja, pela cláusula de pagamento à primeira solicitação o garante fica obrigado a entregar imediatamente a quantia pecuniária fixada ao primeiro pedido do beneficiário, dispensando-se este de provar o incumprimento da obrigação do devedor ou qualquer outro evento que seja o pressuposto da constituição do seu crédito contra o banco.

Nas palavras de FRANCISCO CORTEZ²⁵, a automaticidade transforma a garantia bancária autónoma numa garantia mais segura, expedita e eficaz para o beneficiário e bastante mais operacional para o próprio garante.

²³ Ac. STJ de 5 de Junho de 2003, Proc. N.º 1466/03

²⁴ RIBEIRO, António Sequeira, *Garantia bancária à primeira solicitação: Algumas Questões*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 289 e ss.

²⁵ CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

II – Da Caracterização Geral da Garantia Bancária Autónoma

1. Estrutura: Relações Jurídicas envolvidas

1.1. Considerações Gerais

Do ponto de vista estrutural, a garantia bancária pressupõe uma relação triangular.

Uma, entre o mandante e o banco garante (relação de cobertura); outra, que está subjacente à prestação da própria garantia bancária, entre o mandante e o beneficiário da mesma (relação de atribuição); e uma terceira, entre o banco garante e o beneficiário da garantia (relação de execução).²⁶

Contudo, segundo PESTANA VASCONCELOS²⁷ “quando falamos na estrutura negocial da operação, queremos referir-nos ao conjunto de contratos em que esta assenta, sendo que só um deles é o contrato de garantia autónoma”.

Em suma, as partes desta relação complexa são: o beneficiário que se deseja garantir contra os riscos de incumprimento do garante; o mandante, que se constituiu, nos termos do contrato base, na obrigação de prestação de coisa ou de facto; o garante, que é a instituição financeira da confiança do mandante e que presta a sua garantia pessoal e autónoma em relação às vicissitudes do contrato base.²⁸

1.1.1. A relação entre credor e devedor

Quanto à primeira, importa salientar que o contrato base (ou subjacente) celebrado entre aqueles que assumem as posições de ordenador e de beneficiário, e de que resulta uma relação obrigacional em que o ordenador é devedor e o beneficiário é credor, pode assumir uma natureza variável, sendo mais frequentes os contratos de empreitada, de prestação de serviços, de compra e venda e de mútuo.²⁹

²⁶ PINTO, José Costa, *A (eventual) Transmissão Automática da Garantia Bancária em caso de Cessão do Crédito Garantido*, Lisboa, 2010, pág. 38.

²⁷ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Almedina, 2011, pp. 125 e ss.

²⁸ BRANCO, Manuel Castelo, *A Garantia Bancária Autónoma no Âmbito das Garantias Especiais das Obrigações*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, I, Abril de 1993, pp. 75 e ss.

²⁹ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Almedina, 2011, pp. 125 e ss.

O beneficiário da garantia é regra geral o credor da obrigação característica (o dono da obra, o beneficiário do serviço, o comprador), mas também pode ser o credor da obrigação preço (o empreiteiro, o prestador do serviço, o vendedor, o mutuante).

Importa, ainda, destacar o facto de o contrato base ser independente do contrato de garantia autónoma. Não obstante, apesar da independência do contrato base em relação ao contrato de garantia, o devedor obriga-se normalmente, neste contrato, a conseguir que um banco de sólida reputação internacional, que pode desde logo ser identificado, se vincule a prestar a garantia, numa determinada validade e por um valor previamente fixado, a favor do credor.³⁰

1.1.2. A relação entre devedor – dador da ordem e o garante

O contrato celebrado entre devedor e o banco garante tem como conteúdo a obrigação do garante de celebrar em determinados termos, aí fixados, o contrato de garantia autónoma com o credor, mediante uma contrapartida patrimonial por parte do devedor/ordenante.

Neste contrato são também definidas as retribuições a pagar ao garante, os deveres de prestar e pedir informação do garante ao devedor e vice-versa, o direito de regresso ao banco garante contra o devedor e as garantias destinadas a assegurar a satisfação desse direito, como hipotecas, penhores, fiança e até a possibilidade de o garante exercer o seu direito de regresso por levantamento em depósitos que o dador da ordem tenha no próprio banco.

Este tipo de contrato é, em regra, celebrado entre o dador da ordem e garante como verdadeiros contratos de adesão.

Tendo como pressupostos, aceites pacificamente, que por força deste contrato o banco se obriga perante o dador da ordem, mediante retribuição, a celebrar com um terceiro um contrato autónomo de garantia, perfeitamente independente desse primeiro contrato como também da relação jurídica de base que visa garantir, parece mais rigoroso qualificar o contrato em análise como sendo um contrato de mandato.

Questão igualmente complexa será a de saber se se trata de um mandato com ou sem representação.

³⁰ CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

FRANCISCO CORTEZ³¹, quanto à questão acima identificada, sustenta que “considerando porém que o garante, ao celebrar por conta do dador da ordem - mandante o contrato autónomo de garantia, se vincula a uma obrigação própria e independente cujo cumprimento só a ele pode ser exigido pelo beneficiário, estamos em crer que o garante age em nome próprio e não em nome do mandante, assumindo assim as obrigações decorrentes do ato que celebra, cujos efeitos não se produzem deste modo, diretamente na esfera jurídica do mandante, pelo que o contrato celebrado entre o dador da ordem e o garante não pode, face aos artigos 1178º e 1180º do CC, deixar de ser considerado como um contrato de mandato sem representação”.

Também PESTANA VASCONCELOS³² vai ao encontro da doutrina majoritária, defendendo que o contrato celebrado entre o devedor e o banco/garante é um mandato, pelo qual o garante se obriga a praticar um ato jurídico em nome próprio por conta do ordenante (mandato sem representação)³³. Este autor conclui dizendo que o seu conteúdo é, porém, mais amplo do que o de um simples mandato.

Não obstante, existe doutrina portuguesa que defende posição em sentido diverso.

Desde logo, MARGARIDA LIMA REGO³⁴ sustém que “à semelhança do que sucede com a fiança bancária, o contrato de garantia bancária autónoma é tipicamente celebrado entre um banco e um cliente, ordenador da garantia. A prestação convencionada também reverte a favor de um terceiro – habitualmente, um credor do ordenador. Após a celebração deste contrato, é usual o banco emitir uma declaração unilateral dirigida ao beneficiário, num processo muito similar ao antes descrito a propósito da fiança bancária. Uma vez mais, este não é um negócio unilateral, porquanto os seus efeitos jurídicos advêm, tipicamente, do contrato anteriormente celebrado entre o banco e o devedor, que deverá qualificar-se como um contrato a favor de terceiro. A declaração unilateral que o banco dirige ao beneficiário, credor da obrigação principal, corresponde a um ato de comunicação dos termos do seu

³¹ CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

³² VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Almedina, 2011, pp. 125 e ss.

³³ Nesse sentido: A. Ferrer Correia, *Notas para o estudo da garantia bancária*, cit., p. 248; M.J. ALMEIDA COSTA/ A. PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação*, cit., p. 19.

³⁴ REGO, Margarida Lima, “*Garantias Bancárias e Seguros de Crédito e Caução*” em Direito Bancário – CEJ, pp. 213 e ss.

benefício. Não serão oponíveis aos beneficiários estipulações do contrato que não constem dessa comunicação”.

FERREIRA DE ALMEIDA³⁵, por sua vez, afirma que este contrato não é um contrato a favor de terceiro (que seria o beneficiário), porque dele não é dado conhecimento ao beneficiário e porque a natureza autónoma da garantia é incompatível com a invocabilidade pelo garante de exceções provenientes do contrato que celebrou com o ordenador da garantia (cfr. 449.º). Porém, este autor patenteia que tal qualificação mais rigorosa aponta para o contrato de prestação de serviços, mas não especificamente para o contrato de mandato, porque o garante, praticando embora um ato jurídico no interesse de outrem, não age por conta de outrem, visto que assume na garantia uma posição jurídica que o ordenador não poderia pessoalmente assumir. Em terceiro lugar, e para cumprir a obrigação assumida neste contrato, deve o banco prestar a garantia prevista perante o beneficiário, o que geralmente faz através de uma declaração unilateral³⁶ (termo de garantia ou simplesmente garantia), na qual identifica o contrato base e indica, pelo menos, o montante máximo que se obriga a pagar e o documento ou documentos que o beneficiário há - de apresentar se vier a exigir o pagamento da obrigação de garantia.

Partilhando da mesma opinião de Ferreira de Almeida, GALVÃO TELLES³⁷ esclarece que o banco que presta a garantia autónoma não faz qualquer pagamento como mandatário de outrem, mas a título de garante de determinado contrato, classificando este contrato como contrato de prestação de serviços, sem o integrar na modalidade de contrato de mandato.

Apesar do exposto, parece-nos ser evidente que a prestação a que o banco se obriga tem por objeto fundamental um verdadeiro ato jurídico, um contrato (autónomo de garantia) e não uma simples atividade de carácter material.

1.1.2.1. Os direitos do garante após o pagamento da garantia

Para a hipótese de o banco pagar, após a execução da garantia, fica naturalmente o garante sub-rogado nos direitos que o beneficiário tinha contra o garantido, nos termos do artigo 592º Código Civil.

³⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Contratos III – Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco*, Almedina, 2015, 2ª edição, pp. 205 e ss.

³⁶ Para a opinião dominante, esta declaração vale como proposta de contrato de garantia, que se forma com a aceitação, expressa ou tácita, do beneficiário.

³⁷ TELLES, Inocêncio Galvão - *Garantia bancária autónoma*, in *O Direito*, ano 120º, III-IV, 1988 (Jul.-Dez.), p. 289.

Caso a garantia seja à primeira solicitação, um dos termos do negócio é que o reembolso do garante seja também efetuado à primeira solicitação, o que exclui que o devedor possa opor ao garante as exceções relativas ao crédito que ele tinha sobre o beneficiário, devendo efetuar também automaticamente o pagamento e reclamar posteriormente do beneficiário o que ele obteve do garante, caso tenha acionado indevidamente a garantia.³⁸

Para quem defende que estamos perante um contrato de mandato, esta obrigação de reembolso decorre do artigo 1182.º do Código Civil, nos termos do qual o mandante deve reembolsar o mandatário do que este houver despendido no cumprimento das obrigações contraídas em execução do mandato.

Mesmo quando o contrato de mandato é inválido, o garante poderá exigir ao ordenante o reembolso, eventualmente com base no instituto da gestão de negócios ou do enriquecimento sem causa.

Seja como for, o texto dos contratos celebrados entre o garantido e o banco inclui, por regra, cláusula que acautela o "direito de regresso" deste contra àquele, obrigando o devedor, por seu lado, a prestar determinadas garantias, como, por exemplo, a hipoteca.

1.1.3. A relação entre o garante e credor beneficiário

Desta relação emerge o contrato através do qual é prestada a garantia autónoma ao credor, a qual tem por objeto uma determinada quantia pecuniária.

Discute-se, neste âmbito, se esta é uma relação de natureza contratual ou se, pelo contrário, se trata de um negócio jurídico unilateral.

Hoje, a maioria da doutrina reconhece à garantia bancária uma natureza contratual, entendimento que tem vindo a ser igualmente adotado pela jurisprudência e que não podemos deixar de acompanhar.

Efetivamente, a prestação de uma garantia bancária envolve o encontro entre duas vontades (a do banco garante em prestá-la e a do beneficiário em aceitá-la), que têm de ser devidamente consubstanciadas pela emissão das respetivas declarações negociais (sendo que, na esmagadora maioria das situações, a declaração do beneficiário é tacitamente emitida). É certo que se trata de um contrato não sinalagmático, pois do mesmo só resultam obrigações

³⁸ LEITÃO, Luís Menezes, *Garantia das obrigações*, op. cit. p. 130.

para o banco garante, mas não é por isso que perde a sua natureza contratual e se transforma num negócio jurídico unilateral.³⁹

Apesar do exposto, é neste negócio que são fixadas as condições da garantia autónoma (as quais já estão definidas no contrato base estabelecido entre credor e devedor, sendo depois, à partida, replicadas no contrato entre o devedor e o banco), nomeadamente saber se se trata de uma garantia autónoma simples ou à primeira solicitação, o montante máximo a que o garante se obriga a pagar, quais os documentos a apresentar com o pedido por parte do garantido, o prazo decorrido o qual, sem ter sido executada, a garantia cessa, etc.

Este contrato é classificado, comumente, como sendo consensual, inominado, atípico, não-real, não sinalagmático, monovinculante e gratuito.⁴⁰

Consensual porque a respetiva validade deste contrato não depende da observância de uma determinada forma.

Inominado e atípico porque não tem *nomen iuris* nem goza de regulamentação geral.

Não real porque verifica-se independentemente da tradição da coisa.

Não sinalagmático porque não dá lugar a obrigações recíprocas.

Monovinculante porque do contrato apenas resultam obrigações para o banco.

Gratuito porque com ele o beneficiário nunca sofre sacrifícios.

Quanto à forma do contrato de garantia bancária autónoma, PESTANA VASCONCELOS⁴¹ elucida que há uma divisão doutrinal entre aqueles que exigem a forma

³⁹ Neste sentido: Ferrer Correia, Galvão Telles e Pinto Monteiro e Almeida Costa (CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, II, Julho 1992, pp. 528 e ss.) - Estes autores concluem que estamos perante um negócio jurídico bilateral – embora seja um contrato unilateral ou não sinalagmático, por criar apenas obrigações para o garante. Defendem, ainda, que não é o facto de a garantia constar normalmente apenas de um documento assinado pelo banco e enviado ao beneficiário que lhe retira o seu carácter contratual. A aceitação da proposta contratual é necessária mas não tem de ser escrita, uma vez que o contrato não está sujeito a forma especial (219º do CC), podendo ser tácita “quando (...) a própria natureza ou circunstâncias do negócio ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação (art.234º do CC). A dispensa de declaração de aceitação resulta das circunstâncias do negócio e não dos usos; PINTO, José Costa, *A (eventual) Transmissão Automática da Garantia Bancária em caso de Cessão do Crédito Garantido*, Lisboa, 2010, págs. 37 e ss.

⁴⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Garantia Bancária Autónoma in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992, pp. 430 e ss.

⁴¹ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Almedina, 2011, pp. 125 e seguintes. Defende que “este contrato, decorrente da liberdade contratual (art. 405º), consiste num tipo

escrita⁴², tendo em linha de conta o risco corrido pelo garante, e os Autores que exatamente por ser um negócio atípico⁴³ não a exigem, aplicando o regime geral dos negócios jurídicos. Clarifica, ainda, que não se duvidando de que ela seria necessária de *iure constituendo*, atendendo, quer à sua importância económica, quer à sua complexidade e mesmo ao risco que acarreta, a verdade é que parece difícil sustentar a sua exigência de *iure constituto*, embora a questão não se lhe parece líquida.

Tal autor conclui proferindo que são esses mesmos elementos, a sua importância económica e complexidade, que conduzem na esmagadora maioria das vezes à celebração deste contrato por escrito.

1.1.3.1. Qualificação Jurídica de Garantia Bancária Autónoma

A garantia bancária autónoma é quanto à sua qualificação jurídica um contrato inominado e atípico⁴⁴. A sua legitimidade ou admissibilidade tem por base o princípio da liberdade contratual ou da autonomia privada das partes previsto nos termos do artigo 405º do CC⁴⁵.

Esta figura é comumente defendida pela doutrina como sendo um negócio jurídico causal devido à função económico-social que desempenha. A causa, o escopo da garantia bancária autónoma é a de garantir o contrato-base (de compra e venda, de empreitada, etc.) celebrado entre duas partes.⁴⁶

social, embora não num tipo legal, e, como dele nascem obrigações (uma obrigação pecuniária) só para uma das partes, o garante, é um contrato unilateral.”

⁴² Nesse sentido: L. Menezes Leitão, *Garantias das obrigações*, cit., p. 145; M.J. COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., p. 443.

⁴³ Cfr. P. ROMANO MARTINEZ/P. FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, cit. pp. 135 e ss; MÓNICA JARDIM, *A garantia autónoma*, cit., p. 242.

⁴⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Garantia Bancária Autónoma in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992, páginas 430 e ss.

⁴⁵ Neste sentido: Galvão Telles, Almeida Costa e Pinto Monteiro in CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

⁴⁶ Neste sentido: Pestana Vasconcelos (VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Almedina, 2011, pp. 125 e ss.) sublinha que “ (...) é um negócio causal porque o contrato em análise tem, em si, uma função própria: assegurar uma obrigação emergente de um outro contrato, o contrato-base. A sua causa (no sentido de causa-função) é, pois, de garantia.”

Como sintetiza GALVÃO TELLES, “a garantia bancária é uma obrigação causal, como a fiança, porque visa, como esta, uma função de garantia e essa função, que constitui a sua causa, está objetivada no respetivo contrato”⁴⁷. Já MENEZES CORDEIRO afirma que a “causa ou função deste contrato é portanto a de assegurar o pagamento de uma soma predeterminada (diretamente ou *per relationem*) no caso de se verificar um risco para o beneficiário em consequência de um evento indicado na garantia bancária”⁴⁸⁴⁹.

Por sua vez, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA E ANTÓNIO PINTO MONTEIRO⁵⁰ afirmam que as hesitações com que, por vezes, se depara, em alguma doutrina, a respeito da garantia autónoma, prendem-se com a sua alegada natureza “abstrata”. Esta questão, de pura índole conceitual, assenta frequentemente, porém, num equívoco: é que a garantia automática, apesar de autónoma, quer dizer, independentemente da relação principal, não se apresenta como um negócio abstrato. Trata-se, ao invés, de um negócio causal. Efetivamente, a causa da garantia autónoma, a finalidade económico-social que serve, o seu escopo, é precisamente garantir determinado contrato-base, finalidade esta objetivada na própria carta de garantia e nos contratos (entre o credor e o devedor e entre este e o banco) que a precedem. O equívoco resulta da confusão que por vezes se estabelece entre autonomia e abstração. O facto de a garantia automática “abstrair” das vicissitudes do contrato-base significa apenas que esta garantia, diferentemente da fiança, não é acessória, antes autónoma – o que não significa, porém, que seja um negócio abstrato, sem causa. Por outras palavras, a obrigação do banco garante tem natureza causal, não abstrata, apesar de se tratar de uma obrigação não acessória, independente do contrato-base. Tal como a fiança, a garantia automática é uma obrigação causal, tendo ambas uma função de garantia, expressa, objetivada no respetivo contrato; só que, diferentemente da fiança, repete-se, a garantia automática é autónoma, porque é independente da validade e subsistência do contrato-base. Estes autores concluem dizendo que “como decorre do exposto, não temos a menor dúvida em afirmar a validade das garantias automáticas no sistema jurídico português, por força do

⁴⁷ Cfr. I. Galvão Teles, «Garantia...», *op. cit.*, pág. 28.

⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*, Almedina, 2014, pp. 826 e ss.

⁴⁹ Nesse sentido: Ferrer Correia, Almeida Costa e Pinto Monteiro, in CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

⁵⁰ M.J. ALMEIDA COSTA/ A. PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação*, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano XI, 1986, tomo 5, pp. 15 e ss.

art. 405.º do Cód. Civil, e por corresponderem a interesses dignos de proteção legal, nos termos do art. 398.º, n.º 2, do mesmo diploma.”

Para FERREIRA DE ALMEIDA⁵¹, a autonomia não equivale a abstração nem com ela se confunde. Sempre que para um tipo negocial se exija a expressão da função de garantia, esse negócio é causal. Ora abstração caracteriza-se precisamente pela admissibilidade de emissão de causa. A abstração implica autonomia, mas pode haver autonomia negocial sem abstração. No conteúdo dos contratos de garantia consta sempre a assunção pelo garante da cobertura do risco de outrem, seja pela inclusão do verbo garantir ou palavras da mesma família, seja pela referência a um tipo contratual de garantia socialmente consagrado ou aos seus efeitos substanciais. Os contratos de garantia são portanto contratos causais. Tal não impede naturalmente que a função concreta de negócios abstratos seja de garantia, como sucede com as cartas de crédito *Stand by*.

Por oposição, SIMÕES PATRÍCIO⁵², autor que mais se debruça sobre a legalidade da garantia bancária autónoma *on first demand*, defende que a Garantia Bancária Autónoma consubstancia um negócio abstrato lícito. Este autor sustenta que “negócio abstrato será, praticamente, aquele em que à parte credora não pode ser oposta qualquer exceção baseada na carência ou na irregularidade do seu interesse na prestação prometida (...)”. “Uma coisa é realmente certa: há sempre uma causa em todo o negócio jurídico e, mesmo alguma dependência do regime jurídico quanto a essa causa. “Os negócios abstratos, como os outros, têm uma causa; Mas o direito, para facilitar a mobilidade da vida económica, aceita que sejam feitos valer sem alegação ou demonstração da sua causa e sem se sujeitar o autor a que lhe sejam opostas todas as exceções baseadas na causa (*Vaz Serra*)”.

1.1.3.2. A Recusa da Prestação pelo garante

A garantia bancária autónoma é independente da relação subjacente. Não admite por isso, em princípio, que o garante se oponha ao pagamento invocando exceções provenientes das relações estabelecidas no contrato base entre o devedor e o credor.

⁵¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Contratos III – Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco*, Almedina, 2015, 2ª edição, páginas 205 e ss.

⁵² PATRÍCIO, José Simões, “*Preliminares sobre a garantia “on first demand”*”, Advogados, Ano 43, III, 1983, pp. 678 e ss

Segundo parecer de MIGUEL BRITO BASTOS⁵³, que a autonomia restringe as exceções que o garante pode invocar contra o beneficiário parece evidente. Igualmente claro é que a autonomia não afasta todos os possíveis fundamentos da licitude da recusa da prestação pelo garante. Não exclui, nomeadamente, qualquer exceção decorrente da própria relação de garantia (por exemplo, a não verificação do caso de garantia material, a caducidade da garantia, a insuficiência formal da solicitação, ou a compensação). Excluídas estão, à partida, as exceções decorrentes da relação de cobertura.

Já MANUEL CASTELO BRANCO⁵⁴ apresenta como recusa legítima de pagamento pelo garante os seguintes motivos: a falta de apresentação, pelo beneficiário, de uma declaração expressa constante do texto da garantia; a falta de indicação, pelo beneficiário, dos fundamentos que determinam a execução da garantia, quando a indicação desses fundamentos era exigida pelo texto da garantia; e a falta de apresentação, por parte do beneficiário, de documento exigido pelo texto da garantia e que constitua condição “*sine qua non*” da respetiva execução.

Outra exceção à recusa ilícita da prestação pelo garante é a Fraude. Conforme escreve MENEZES CORDEIRO, “a doutrina admite que, mesmo na hipótese de garantias bancárias à primeira solicitação, o banco possa recusar a sua efetivação sempre que tenha conhecimento de fraude, de má-fé evidente ou da violação de normas injuntivas que possam ser consideradas de ordem públicas...”. Segundo MANUEL CASTELO BRANCO⁵⁵, “não é de esperar que o Estado conceda as suas leis e os seus tribunais para prossecução de fraudes ou de má-fé manifesta. Quando esse seja o caso, a execução da garantia é detida num efeito que, entre nós, terá de buscar base legal no art. 334º do Código Civil – boa-fé e abuso do Direito.”

ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO⁵⁶, partilhando da mesma opinião dos autores acima mencionados, postulam que as situações de fraude manifesta ou abuso de

⁵³ BASTOS, Miguel Brito, “*A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Manuel Sérvulo Correia, Volume III, Coimbra Editora, 2010, p. 525 e ss.

⁵⁴ BRANCO, Manuel Castelo, *A Garantia Bancária Autónoma no Âmbito das Garantias Especiais das Obrigações*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, I, Abril de 1993, pp. 75 e ss.

⁵⁵ BRANCO, Manuel Castelo, *A Garantia Bancária Autónoma no Âmbito das Garantias Especiais das Obrigações*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, I, Abril de 1993, pág. 19.

⁵⁶ M.J. ALMEIDA COSTA/ A. PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação*, pp. 20 e ss.

direito evidente do beneficiário, ou quando o contrato garantido seja desconforme aos bons costumes ou à ordem pública, serão motivos suficientes para uma abstenção de pagamento por parte do garante quando solicitado a fazê-lo.

Esta linha de pensamento é em tudo seguida também por PESTANA VASCONCELOS, do mesmo modo que FRANCISCO CORTEZ, que acrescenta que a garantia autónoma deve respeitar, ainda e sempre, os princípios conformadores do Direito, como são os casos da boa-fé e abuso de direito, de acordo com os artigos 762.º e 334.º do CC.

Por sua vez, GALVÃO TELLES clarifica que o banco não pode, contudo, alegar a fraude sem que a sua existência decorra com absoluta segurança de prova documental, seja patente e não ofereça a menor dúvida⁵⁷. Ou como já decidiu a jurisprudência italiana sem que haja “prova pronta e líquida de fraude”, “líquida e de total verosimilhança”, “objetiva e documental”, “evidente e manifesta”, “clara e não contestável”.

Acrescenta, ainda, MANUEL CASTELO BRANCO⁵⁸ que o banco pode também recusar-se a pagar sempre que tenha prova irrefutável de que o contrato base foi cumprido. Essa prova existirá quando o banco esteja na posse de declaração emitida pelo próprio beneficiário atestando o cumprimento da obrigação sempre que tal cumprimento seja certificado por terceiro imparcial ou por peritos judiciais ou quando os elementos ao dispor do banco possam presumir com toda a segurança esse cumprimento.

Concluindo, a recusa do banco com fundamento na fraude ou má-fé por parte do beneficiário é apenas admitida em casos muito restritos. Todavia, vedada está a possibilidade de o banco garante opor ao beneficiário da garantia os meios de defesa que competem ao dador da ordem na relação base.

III - Relevância prática da Garantia Bancária Autónoma

1. Vantagens na utilização da Figura

Uma das vantagens na utilização da garantia bancária autónoma reside na sua inoponibilidade, pelo garante ao beneficiário, dos meios de defesa ou exceções decorrentes

⁵⁷ Nesse sentido: PATRÍCIO, José Simões, “*Preliminares sobre o Estudo do Contrato de Garantia Bancária*”, p. 710 - “*A recusa de pagamento com esta motivação pode ter lugar desde que o garante esteja na posse de prova líquida dum comportamento abusivo do beneficiário.*”

⁵⁸ BRANCO, Manuel Castelo, *A Garantia Bancária Autónoma no Âmbito das Garantias Especiais das Obrigações*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, I, Abril de 1993, p. 80.

das relações credor-devedor no contrato-base. Ou seja, a independência do contrato de garantia bancária autónoma face ao contrato-base é, de facto, a vantagem que mais se destaca.

Em suma, é esta inoponibilidade supra descrita que permite delimitá-la de outras figuras tais como a fiança, por exemplo, a qual pela sua função e estrutura se assemelha com a garantia bancária autónoma.

Todavia, o que delimita estas duas figuras são as suas características principais: a autonomia, no caso da garantia bancária autónoma, e a acessoriedade, no caso da fiança.

Tal como resulta do artigo 634º do Código Civil: “a fiança tem o conteúdo da obrigação principal e cobre as consequências legais e contratuais da mora ou da culpa do credor”. Logo, ao contrário daquilo que sucede com a garantia autónoma, a fiança debilitada pela sua característica principal, dá ao fiador a possibilidade de opor ao credor, não só os meios de defesa que lhe são próprios, como também os que competem ao devedor/afiançado.⁵⁹

Para além da sua inoponibilidade, a garantia bancária autónoma afigura-se como a mais segura, expedita e eficaz das garantias.

Expedita no sentido em que é claramente mais célere a entrega da quantia acordada pelo garante. O beneficiário exige o cumprimento da obrigação do garante sem ter o ónus de provar o fundamento da sua pretensão, nem de recorrer em caso de litígio com o garante a um processo judicial ou arbitral moroso, dispendioso e até incerto.⁶⁰

Eficaz porque eleva a sua autonomia ao limite máximo ao isentar o beneficiário de prova do pressuposto do seu direito (em regra, incumprimento da obrigação principal garantida).⁶¹

A garantia autónoma é do maior interesse para os bancos não só porque recebem uma retribuição normalmente superior, mas sobretudo porque atingem uma posição de maior neutralidade.⁶²

Em conclusão, a garantia bancária autónoma, igualmente conhecida por garantia automática, pura, incondicional, abstrata, independente, à primeira solicitação, à primeira interpelação ou de pagamento imediato, assume inegável importância prática, representando

⁵⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.03.2012, Processo n.º 7279/08.8TBMAI.P1.S1, in <http://www.stj.pt/>.

⁶⁰ CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

⁶¹ CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

⁶² CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 e ss.

até, na expressão do juiz inglês KERR, o “sangue da vida do comércio internacional” (“*The lifeblood of international commerce*”).⁶³

⁶³ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Garantia Bancária Autónoma in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992, página 418.

Capítulo II -A Garantia Autónoma enquanto operação bancária

Inegavelmente a garantia bancária autónoma é uma operação bancária. Contudo, resta-nos saber se é uma operação ativa ou uma operação neutra.

Na minha ótica trata-se de uma operação ativa, tal como o mútuo bancário, pois todos os elementos estruturantes desta figura são-no também da garantia autónoma, conforme iremos evidenciar posteriormente. Porém, a contabilidade trata as garantias (reais e/ou pessoais) como imparidades, logo como operações neutras que “extravasam” aquela que é a folha de balanço de um banco para serem inseridas nas demonstrações de resultados. Para além disso, existe, ainda, doutrina portuguesa que qualifica a garantia autónoma como uma garantia pessoal.

Como tal, e de forma a responder à questão que dá nome a esta dissertação importa, antes de mais, descortinar alguns conceitos- chave como o de operações bancárias e respetivas modalidades, bem como perceber o que é e como funciona a estrutura de balanço de uma instituição bancária.

Após o desenvolvimento de todos estes aspetos, que considero serem meramente introdutórios deste capítulo, partiremos, então, para a análise daqueles que são (ou não), como adiante iremos perspetivar, considerados elementos estruturantes da folha de balanço de um banco, tais como: o crédito bancário e tudo o que a ele está relacionado, seja numa fase pré ou pós contratual, e as garantias (pessoais).

Posto isto, e com base nas (dis)semelhanças com as figuras em questão - dado uma consubstanciar uma operação ativa e, portanto, uma verdadeira disponibilidade bancária, e a outra uma operação neutra e, portanto, uma imparidade bancária - partiremos para aquela que é a posição, por mim, adotada.

I – Aspetos Introdutórios

1. Operações bancárias

Para realizar um qualquer investimento financeiro é essencial conhecer os diferentes tipos de ativos que os mercados nos oferecem e identificar em que tipo de mercado podemos realizar a operação.

Atualmente existem no sistema financeiro português diversos produtos e instrumentos financeiros, uns utilizados preferencialmente para operações de curto prazo, outros para o médio e longo prazo.

Não obstante, os bancos realizam, no decurso da sua atividade, diversas operações, nomeadamente: operações ativas, relacionadas com a concessão de crédito, e as operações passivas, ligadas à captação de depósitos.

1.1. Operações Ativas

Operações ativas são aquelas em que um banco, enquanto instituição de crédito, para além dos investimentos destinados à formação dos seus ativos permanentes e disponibilidades, atua na aplicação de recursos próprios e de terceiros na concessão de crédito, investimentos, etc.

As operações nas quais o banco se coloca numa posição de credor são, por exemplo: os créditos bancários⁶⁴, os descobertos bancários, crédito em conta corrente, crédito sobre clientes (crédito por desconto, Hot Money Loan, Crédito Pessoal, Leasing, Factoring, crédito documentário...), investimentos financeiros (carteiras de ativos financeiros para negociação – *trading book*, outros ativos financeiros ao justo valor através de resultado, ativos financeiros disponíveis para venda, investimentos detidos até à maturidade e ativos com acordo de recompra...) e outras aplicações remuneradas.

1.2. Operações Passivas

Operações passivas são aquelas em que o banco, para além da angariação de recursos destinados à constituição dos seus capitais próprios, atua na captação de fundos de clientes e de terceiros com vista a financiar as operações de concessão de crédito e de investimentos financeiros⁶⁵.

⁶⁴ Os créditos são classificados de acordo com os prazos de vencimento, conforme consta da legislação vigente. Assim, teremos: Créditos de curto prazo, quando a duração não excede um ano; Créditos de médio prazo, quando o prazo de vencimento for superior a um ano e inferior a cinco anos e Créditos de longo prazo, quando o prazo de vencimento exceder cinco anos (BARROSO, Maria da Nazaré; COUTO, Eduardo e CRESPO, Nuno, *Cálculo e Instrumentos Financeiros – Da Prática para a Teoria*, Escolar Editora 2ª Edição, 2009, p. 221).

⁶⁵ Em contraposição aos depósitos, que representam a fonte de captação de recursos mais significativa para um banco, os empréstimos a clientes são a aplicação de maior relevância e de onde provém a maior parte dos juros recebidos pelos bancos. Estão integrados nas operações ativas dos bancos. Os créditos poderão ter vários prazos, de acordo com a sua finalidade (BARROSO, Maria da Nazaré; COUTO, Eduardo e CRESPO, Nuno, *Cálculo e Instrumentos Financeiros – Da Prática para a Teoria*, Escolar Editora 2ª Edição, 2009, p. 221).

As operações nas quais o banco se coloca numa posição de devedor são, por exemplo: os depósitos⁶⁶, certificados de depósitos, empréstimos por obrigações, empréstimos subordinados, títulos de participação, etc.

1.3. Operações Neutras

Operações neutras são aquelas que não são ativas nem passivas por não colocarem a instituição numa posição credora ou devedora, tendo apenas reflexo nas suas contas extrapatrimoniais (*out-of-balance*).

Nas contas extrapatrimoniais dos bancos incluem-se as garantias prestadas e/ou recebidas e outros passivos eventuais, bem como compromissos perante terceiros ou assumidos por terceiros.

São garantias prestadas e/ou recebidas e outros passivos eventuais as garantias e avals, aceites e endossos, transações com recurso, cartas de crédito *Stand-by*, créditos documentários abertos, fianças e indemnizações (contra-garantias), outras garantias pessoais prestadas, garantias reais (ativos dados em garantias), etc.

São compromissos perante terceiros ou assumidos por terceiros opções sobre ativos (vendidas), operações a prazo, contratos a prazo de depósito, linhas de crédito irrevogáveis, subscrição de títulos, responsabilidades por pensão de reforma e sobrevivência ainda não recebidas, responsabilidades a prazo de contribuições anuais para o fundo de garantia de depósitos, responsabilidade potencial para com o sistema de indemnização aos investidores, linhas de crédito revogáveis, facilidades de descoberto em conta, etc.

II – O Balanço de um Banco

1. Noção de balanço

⁶⁶ De acordo com o estipulado na legislação portuguesa, os depósitos nos bancos podem assumir uma das seguintes formas: Depósitos à ordem; depósitos com pré-aviso; depósitos a prazo; depósitos a prazo não mobilizáveis antecipadamente e depósitos constituídos em regime especial (BARROSO, Maria da Nazaré; COUTO, Eduardo e CRESPO, Nuno, *Cálculo e Instrumentos Financeiros – Da Prática para a Teoria*, Escolar Editora 2ª Edição, 2009, p. 211).

O balanço é um documento onde se registam, do lado do passivo as responsabilidades (que constituem a origem dos fundos para um banco) e, do lado do ativo, as disponibilidades (as quais traduzem as aplicações dadas aos fundos recolhidos)⁶⁷.

No balanço de um banco, tal como em todos os balanços verifica-se sempre a seguinte igualdade:

$$\textbf{\textit{Total do Ativo (Disponibilidades)}} =$$

$$\textbf{\textit{Total do passivo (responsabilidades) + Capitais Próprios}}$$

1.1. Ativo⁶⁸

O ativo do balanço de um banco inclui sempre as rubricas de Disponibilidades líquidas, Empréstimos, Títulos⁶⁹, Ativos fixos (essencialmente edifícios e equipamentos) e uma rubrica de ajustamento denominada Outros ativos.

As disponibilidades líquidas podem ser de três tipos diferentes: caixa (as disponibilidades do banco em caixa), reservas (disponibilidades junto do banco central) e disponibilidades em outras instituições de crédito (depósitos à ordem junto de outras instituições).

A segunda rubrica mais relevante do ativo de um banco são os Títulos. A rubrica Títulos inclui todos os títulos negociáveis, exceto as ações e as unidades de participação emitidas por fundos do mercado monetário que são, na área do euro, destacados em rubricas próprias. Os Títulos são, por vezes, chamados “as segundas reservas” pelo facto de constituírem a segunda categoria de ativo mais líquido, a seguir às disponibilidades.

Os empréstimos são a principal rubrica do ativo dos bancos: nela estão incluídos os empréstimos às empresas (empréstimos comerciais e industriais), empréstimos hipotecários às famílias (crédito à habitação), empréstimos para consumo e empréstimos para investimento financeiro.

⁶⁷ABREU, Margarida, António Afonso, Vítor Escária, Cândida Ferreira, *Economia Monetária e Financeira*, Escolar Editora, 2ª Edição, 2012, pp. 289 e ss;

⁶⁸ ABREU, Margarida, António Afonso, Vítor Escária, Cândida Ferreira, *Economia Monetária e Financeira*, Escolar Editora, 2ª Edição, 2012, pp. 289 e ss;

⁶⁹ Ações, Obrigações e outros.

1.2. Passivo⁷⁰

Do lado do passivo registam-se as responsabilidades dos bancos. Os bancos necessitam de fundos para financiar as suas operações, fundos esses que podem ser obtidos pela recolha das poupanças dos mutuantes primários ou através da contração de empréstimos no mercado financeiro. O passivo de um banco inclui sempre as rubricas de Depósito e Empréstimos Contraídos⁷¹.

Os depósitos constituem nos nossos dias a principal rubrica do passivo bancário, com um peso superior a 50% no passivo das IFM da área do euro.

Distinguem-se dois diferentes tipos de depósitos: depósitos à ordem e os depósitos a prazo e depósitos de poupança. Os depósitos à ordem são depósitos imediatamente mobilizáveis. Os segundos são depósitos não imediatamente mobilizáveis e a componente mais importante dos depósitos.

Os empréstimos contraídos são a segunda fonte mais importante de fundos externos. Os bancos podem pedir emprestado ao banco central ou contrair empréstimos junto de outras instituições monetárias, isto é, recorrendo ao chamado mercado monetário interbancário⁷², sendo esta segunda via a mais utilizada em períodos de funcionamento normal dos mercados.

Por último, os bancos também podem contrair empréstimos de curto prazo garantido por colateral, através do qual o banco obtém fundos em troca de um título, comprometendo-se a recomprar esse título, por um preço pré-estabelecido, numa data futura, que pode ser tão próxima como 24 horas.

1.3. Capitais Próprios⁷³

Os capitais próprios ou situação líquida igualam a diferença entre ativo e passivo.

Os capitais próprios funcionam como uma garantia do banco contra uma eventual redução do valor do seu ativo. Funcionam como um seguro contra a insolvência, na medida em que a existência de capitais próprios elevados reduz a probabilidade de um banco chegar

⁷⁰ABREU, Margarida, António Afonso, Vítor Escária, Cândida Ferreira, *Economia Monetária e Financeira*, Escolar Editora, 2ª Edição, 2012, pp. 289 e ss;

⁷² Mercado informal entre bancos que realizam entre si operações à vista e a prazo (geralmente curto prazo). Os bancos com liquidez excedentária momentânea cedem fundos a uma taxa a acordar aos bancos que se encontram em situação inversa.

⁷³ABREU, Margarida, António Afonso, Vítor Escária, Cândida Ferreira, *Economia Monetária e Financeira*, Escolar Editora, 2ª Edição, 2012, pp. 289 e ss;

à situação de insolvência, ou seja, reduz a possibilidade de as suas responsabilidades (passivo) excedem as suas disponibilidades (ativo).

2. Atividades fora de balanço⁷⁴

As atividades fora do balanço são operações que não têm reflexo no balanço dos bancos, não resultando de operações tradicionais de intermediação financeira. Embora a definição de atividades fora do balanço varie de país para país, consideram-se normalmente como tal as atividades que não dão origem à posse de um direito (ativo) corrente ou quando não estão associados à emissão de uma obrigação (passivo) corrente.

São atividades que geram lucro através das comissões cobradas pelos bancos pela oferta dessas atividades, mas esse lucro é apenas registado nas contas de exploração ou de resultados e não no balanço dos bancos.

São exemplo de atividades fora do balanço as linhas de crédito fornecidas pelos bancos a algumas empresas suas clientes e por eles selecionadas, compromissos de vendas de carteiras de empréstimos ou securitização por bancos, contratos de processamento de empréstimos hipotecários e posições que envolvem contratos a prazo, contratos de futuros, *swaps*, opções e outros derivados.

As atividades fora do balanço, regra geral, comportam frequentemente um risco elevado para as instituições bancárias e, por isso, tem sido alvo de pesado escrutínio nos anos mais recentes.

III – Do Crédito Bancário:

“O traço de união entre o presente e o futuro”

A análise à figura do crédito bancário tem como única e exclusiva finalidade perceber até que ponto é que a garantia autónoma se assemelha com o mesmo de forma a inseri-la, também, no conjunto das operações bancárias ativas.

Tal análise incidirá no conceito de crédito bancário e nos seus elementos estruturantes, nomeadamente: os juros e as comissões que são pagas pelo(s) mutuário(s) como forma de remuneração da instituição de crédito e, por último, as declarações prestadas por aquele com base nas quais o banco aceita ou não conceder o empréstimo.

⁷⁴ABREU, Margarida, António Afonso, Vítor Escária, Cândida Ferreira, *Economia Monetária e Financeira*, Escolar Editora, 2ª Edição, 2012, pp. 289 e ss;

1. O Crédito Bancário⁷⁵: Conceito, Modalidades e Vantagens

Segundo MENEZES CORDEIRO⁷⁶, o crédito bancário começou por designar o conjunto de operações que permitiam, com intervenção do banqueiro, mobilizar meios financeiros para investimentos reprodutivos. Tais operações eram, naturalmente, onerosas. O banqueiro fazia-se remunerar pelos seus serviços, pelo risco sempre envolvido e pela retribuição do capital cedido ou obtido.

Atualmente, cada vez mais importante para os agentes económicos, em particular, e para o desenvolvimento da economia, em geral, o crédito⁷⁷ pode assumir uma das seguintes modalidades: empréstimo simples ou empréstimo com prestação fixa.

Através do empréstimo simples o mutuante (Banco) concede ao mutuário (Cliente) um montante de fundos (principal) relativos a um financiamento, ficando este obrigado a reembolsar o primeiro num momento único, correspondente à maturidade do empréstimo, acrescido de um valor adicional conhecido por juros.

Por sua vez, o empréstimo com prestação fixa fornece ao mutuário um montante de fundos relativos a um financiamento, o qual deve ser pago ao mutuante, mediante uma prestação fixa todos os períodos, constituída em parte pela amortização do capital e em parte por juros, durante um certo número de anos.

Quanto à sua classificação, o mútuo tem sido considerado *real quoad constitutionem*, porque só produzirá os seus efeitos com a entrega da coisa mutuada; é um negócio consensual ou formal, consoante o seu valor; é unilateral porque dele apenas resultam obrigações para uma das partes (o devedor beneficiário do crédito); pode ser gratuito ou oneroso, consoante haja, ou não, retribuição do mutuante.

⁷⁵ Na reformulação de Keynes, o crédito é indissociável de todos os demais fatores que compõem a Economia e a sua Ciência.

⁷⁶ CORDEIRO, A. Menezes, *Direito Bancário*, Almedina, Maio 2014, p. 660

⁷⁷ “A autonomização do crédito operou no século XIX, mercê da revolução industrial. Os novos investimentos, requeridos pela possibilidade de, por via industrial, reproduzir exponencialmente a riqueza, exigiam aportações de capital que transcendiam as fortunas individuais disponíveis. Com o tempo, particularmente nos Estados Unidos, o problema foi encarado através da montagem de um mercado mobiliário. Todavia, em especial no Continente, a solução mais simples residia em recorrer aos profissionais do dinheiro: aos banqueiros. (...) A credibilidade (*creditum*) do beneficiário era fundamental, nas inerentes operações”. (CORDEIRO, A. Menezes, *Direito Bancário*, Almedina, Maio 2014, pp. 659 e ss).

Enquanto operação bancária ativa, os empréstimos a clientes são a aplicação de maior relevância porquanto através do crédito multiplicam-se e diversificam-se as várias atividades económicas, desde a produção ao consumo, tendo sido ele o grande motor da criação e da circulação de bens desde a revolução industrial, que de resto foi também uma revolução financeira. Sem ele, muitos investidores não poderiam criar riqueza, muitos empresários estariam impossibilitados de enfrentar até problemas momentâneos de tesouraria e muitos consumidores teriam de adiar, temporária ou mesmo definitivamente, a aquisição de bens necessários ao seu bem-estar⁷⁸.

Em contrapartida, o recurso exagerado ao crédito pode gerar processos inflacionistas. Não obstante, os inconvenientes que possa apresentar não ofuscam a utilidade económico-social do crédito, desde que o recurso a ele seja justificado, oportuno e ordenado⁷⁹.

2. Elementos do Crédito Bancário⁸⁰

O fim do crédito como atividade das instituições económicas é “potenciar o metabolismo económico do desdobramento da ação de capitais”.

Posto isto, existe na doutrina económica um forte consenso para reter, do crédito, uma noção sustentada essencialmente em quatro elementos (P.J. Lehmann): confiança; antecipação de um rendimento; criação de um título de crédito sobre o devedor e a remuneração (o juro).

A credibilidade (*creditum*) do beneficiário é fundamental nas inerentes operações. Como tal, a confiança é o principal alicerce da atividade de concessão de crédito. Porquanto, o banco só empresta a quem confia. Conceder crédito é confiar, primeiro que tudo, na solvabilidade futura do devedor. Tal como escreveu, no século XIX, FORJAZ DE SAMPAIO, “crédito em geral é a faculdade livremente adquirida de dispor de bens alheios sob a simples promessa de um equivalente; ou, considerado na sua origem, a confiança que merece a outro, e pela qual este confia daquele valores sem receber desde logo o equivalente”.

Temos, ainda, a base em que assenta essa confiança, ou seja, a promessa de restituir. A promessa é, juridicamente, uma obrigação em sentido técnico. Ela constitui no património do prestador de crédito um direito de crédito: o direito, atual, de exigir a restituição futura.

⁷⁸ PATRÍCIO, José Simões, *Direito Bancário Privado*, Quid Iuris, 2004, p. 277;

⁷⁹ PATRÍCIO, José Simões, *Direito Bancário Privado*, Quid Iuris, 2004, p. 277;

⁸⁰ PATRÍCIO, José Simões, *Direito Bancário Privado*, Quid Iuris, 2004, pp. 290 e ss;

Isto é, a promessa de restituir constitui no património do credor um ativo que pode ser mobilizado, ou seja, negociado e transmitido a terceiro. Por outras palavras, é o que se designa, em linguagem técnica, por ativo financeiro, o compromisso de pagar em certo prazo.

Todavia, deste elemento de fidúcia aproxima-se o risco⁸¹, assumido pelo credor, de não vir a ser reembolsado por via das dificuldades da má-fé ou da pura e simples insolvência do devedor.

O risco, na verdade costuma ser apresentado como elemento integrante da própria definição de crédito. Importante para a avaliação do inerente risco pode ser a finalidade concreta do crédito concedido, desde logo por dela depender a capacidade de reembolso do mutuário.

Por último, o elemento de remuneração não traduz mais do que o custo a suportar pelo beneficiário do crédito pelo adiantamento ou abono que lhe é feito por forma a tornar possível imediatamente o consumo ou o investimento para a realização dos quais não tem capacidade financeira. A remuneração visa pagar não apenas o serviço prestado, mas também o risco corrido de perda total ou parcial, risco esse que é inerente àquele serviço.

No crédito, e do ponto de vista jurídico, é possível distinguir duas contraprestações a cargo do beneficiário e, evidentemente, dois direitos de crédito pela banda do credor: a de restituir o capital no termo do prazo acordado, por um lado, mero correlativo da atribuição feita pelo credor, e a retribuição dos juros durante o “serviço” da dívida ou concomitantemente com o mesmo capital, por outro, respeitante à concessão de um prazo.

Face ao exposto é possível concluir que não existe empobrecimento do credor no momento em que opera esta transmissão porque do mesmo passo ingressa no seu património um direito de crédito; reciprocamente, não há enriquecimento do beneficiário do crédito porque, em simultâneo com a atribuição proveniente do credor, ele se constitui devedor deste.

2.1. Os Juros

A obrigação de juros está no cerne do mútuo e, mais largamente, de todo o comércio bancário. O Código Civil inseriu-a como uma espécie de obrigação nos termos dos arts. 559.º a 561.º.

⁸¹ O conceito de risco remete-nos para a incerteza de resultados de acontecimentos futuros que nunca serão totalmente certos. Mas risco é muitas vezes sinónimo de oportunidade.

Os juros são frutos civis (cfr. 212.º, n.º 2 do CC) constituídos por coisas fungíveis, que o credor auferir como rendimento de uma obrigação de capital e que variam em proporção do valor deste capital, do tempo durante o qual se mantém a privação deste e da taxa de remuneração⁸².

As taxas de juro, nos empréstimos bancários, são livremente estipuladas pelas partes, não se aplicando os limites do Código Civil.

A obrigação de juros pressupõe uma outra – a de capital. Posto isto, ela é determinada em função do montante desta, da sua duração e de uma determinada relação que se estabelece entre elas: a taxa, em regra de base anual⁸³.

⁸² Pires Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Vol. I, 4.ª Edição Revista e Atualizada., Coimbra Editora, Fevereiro 2011, pp. 567 e ss.

⁸³ As partes podem estipular uma taxa de juros fixa ou uma taxa variável indexada a uma taxa de referência periodicamente fixada ao longo da vigência do contrato. Em regra, os contratos celebrados entre instituições nacionais e as operações denominadas em euros utilizam como taxa de referência a “Euribor”, que é a taxa patrocinada pela Federação Bancária Europeia e pela Associação Cambista Internacional.

O valor da “Euribor” é calculado através da média aritmética simples de todos os tipos de taxas diárias praticadas, entre sessenta e quatro entidades financeiras com um grande volume de negócios, para as operações cruzadas no prazo de um ano no mercado dos depósitos interbancários na zona da União Europeia. A “Euribor” pretende, assim, refletir o custo potencial que o banco mutuante teria se obtivesse um empréstimo junto do mercado interbancário. A “Euribor” representa, portanto, um custo potencial e não um custo real, o qual será inferior ou superior consoante o real custo dos fundos a que o banco tenha acesso. A indexação da taxa de juro visa, pois, assegurar que o banco, ainda que tenha que recorrer a fundos do mercado interbancário, terá uma taxa de rentabilidade do empréstimo favorável.

A “Euribor” é fixada por referência a um período de um, três ou seis meses ou de um ano, correspondendo à taxa fixa que o mercado interbancário cobraria para um empréstimo dessa duração. Os períodos de contagem dos juros acompanham a duração do período fixado para a taxa indexante. Na fixação do período de referência interessa ao mutuário atender à previsibilidade de modificação da taxa. No entanto, a oscilação da taxa de juro nem sempre é fácil de prever, sobretudo quando estão em causa contratos de empréstimo com duração superior a um ano.

A taxa que normalmente é estipulada nos contratos de financiamento resulta da soma da taxa de referência (de que a “Euribor” é um exemplo) acrescida de uma margem que inclui a remuneração (expressa numa percentagem) do banco para além do financiamento no mercado interbancário. Para determinar a margem, o banco pode ainda incluir os custos que resultam para o banco das obrigações de manutenção de reservas ou fundos próprios impostos pelo Banco de Portugal.

Concluindo, nas palavras de MENEZES CORDEIRO, a prestação de juros não tem de ser pecuniária; é-o porém em regra.

2.2. Comissões e outras despesas

Em regra, numa operação de financiamento sindicado o banco organizador será remunerado através de uma comissão de organização e montagem da operação de financiamento que, corresponderá a uma determinada percentagem do montante mutuado ou da linha de crédito, à qual poderão acrescer os juros no caso de também desempenhar as funções de mutuante.

Por seu turno, o banco “agente”, com funções de representação do sindicato bancário perante o mutuário e de coordenação dos atos, notificações e comunicações necessárias ao pontual cumprimento do contrato, receberá, em regra, uma remuneração mensal de um montante fixo.

Além do pagamento da remuneração dos bancos, o mutuário poderá ainda incorrer noutros custos e despesas, como sejam, por exemplo, o pagamento dos emolumentos, dos registos e dos impostos que incidam sobre o contrato de financiamento (designadamente, do imposto de selo).

Por último, é prática bancária a repercussão nos mutuantes dos custos relativos a despesas em que os bancos tenham incorrido com a negociação, preparação, celebração e formalização do contrato, nomeadamente os honorários dos advogados.

2.3. Declarações e Garantias

No Direito português, as declarações e garantias do mutuário apenas representam os pressupostos com base nos quais o banco aceitou fazer o financiamento, nomeadamente o objeto do contrato, a pessoa do mutuário e as circunstâncias que serviram de base ao negócio, pelo que, sempre que não correspondam à verdade, o mutuante poderá anular o contrato ao abrigo do regime do erro sobre a pessoa, o objeto ou as bases do negócio ou do regime do erro com dolo, bem como, cumpridos que estejam os requisitos legais, responsabilizar o mutuário pelos danos sofridos a título de responsabilidade pré-contratual (artigo 227.º do CC.).

As “garantias” da cláusula de declarações e garantias pretendem reforçar o valor das afirmações do mutuário, não constituindo obrigações em sentido próprio, nem se confundindo com as garantias das obrigações, pessoais e reais, previstas na lei.

O elenco das declarações e garantias varia em função do tipo de operação, das garantias (em sentido próprio) que existam, mas também do poder negocial das partes. Em qualquer caso, é comum o mutuário declarar que tem capacidade para contrair o empréstimo e cumprir as obrigações nele previstas; as obrigações por si assumidas no contrato são válidas e não violam nem incumprem obrigações legais ou contratuais; praticou os atos e obteve as autorizações necessárias à celebração e ao cumprimento do contrato; não necessita de obter o consentimento, a aprovação ou a autorização de terceiros para cumprir as obrigações decorrentes do contrato; não está pendente ou em vias de ser instaurada contra si qualquer ação, processo de arbitragem ou procedimento perante qualquer tribunal, ou outra entidade pública, que possa dar origem a uma consequência desfavorável para o mutuante.

A declaração do mutuário relativamente à capacidade para celebrar o contrato de financiamento e executar as suas obrigações assume particular importância quando existam restrições específicas à capacidade do mutuário, independentemente da sua capacidade genérica.

Deste modo, o facto de o mutuário não ter capacidade para celebrar o contrato afetará a sua validade, motivando a sua anulabilidade, se a capacidade do mutuário for considerada motivo determinante e essencial para a tomada da decisão de contratar por parte do mutuante.

A declaração do mutuário quanto à validade das obrigações que assumiu perante o mutuante tem por objetivo assegurar que essas obrigações se encontram em conformidade com as normas legais aplicáveis.

As declarações prestadas pelo mutuário refletem, pois, apenas os pressupostos nos quais o banco aceitou conceder o financiamento.

IV – Das Garantias

Para além das obrigações de reembolso e de pagamento de juros, o mutuante pode impor ao mutuário determinadas obrigações destinadas a assegurar a sua solvabilidade futura, bem como a abstenção, durante a vigência do contrato, da prática de atos suscetíveis de diminuir, colocar em perigo ou por qualquer outra forma prejudicar as garantias prestadas ou onerar o seu património, nomeadamente através da constituição de obrigações novas que fiquem graduadas acima do crédito do mutuante.

A função primordial destas obrigações, também designadas de garantias, é, portanto, assegurar que o risco do crédito e, com ele, a possibilidade de incumprimento futuro do mutuário, não aumente ao longo da vigência do contrato, dotando o mutuante dos meios necessários para atuar atempadamente caso tal facto venha a verificar-se.

Como tal, seguidamente iremos abordar a figura das garantias pessoais, uma vez que a garantia autónoma é qualificada, por alguns e como já referi anteriormente, de garantia pessoal. Ainda assim e com esta abordagem, o que pretendo é compreender se de facto estamos perante uma verdadeira garantia, isto é, uma garantia próprio *sensu*, ou se, ao invés, a garantia autónoma consubstancia uma operação de concessão de crédito intitulada de garantia bancária autónoma.

1. As Garantias prestadas e/ou recebidas pelos bancos: As Garantias Pessoais

Nos termos do artigo 817.º e 601.º do CC, “Não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor, nos termos declarados neste código e nas leis de processo”, respondendo pelo cumprimento da obrigação “todos os bens do devedor suscetíveis de penhora (...)”.

Segundo FERREIRA DE ALMEIDA⁸⁴, o contrato de garantia é assim aquele pelo qual alguém assume uma obrigação ou uma sujeição para a cobertura de um risco de outrem não criado pelo próprio contrato.

Os contratos de garantia, como todos os contratos de risco, incluem como elemento necessário um evento futuro e incerto da obrigação ou da sujeição do garante. Os contratos de garantia têm com finalidade suprir a frustração de um direito ou de uma expectativa ou a compensar as despesas de realização incerta. A função económico-social dos contratos de garantia é a cobertura de um risco⁸⁵.

Garantias pessoais são aquelas em que uma outra ou outras pessoas, além do devedor principal, podem ser interpeladas a cumprir a obrigação respondendo com os respetivos

⁸⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira, Contratos III – Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco, Almedina, 2015, 2ª Edição, pp. 160 e ss.

⁸⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira, Contratos III – Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco, Almedina, 2015, 2ª Edição, pp. 160 e ss.

patrimónios⁸⁶. Verificando-se, deste modo, um reforço quantitativo da garantia do credor, em resultado do aumento do número de potenciais devedores⁸⁷.

Para FERREIRA DE ALMEIDA⁸⁸, a acessoriedade, isto é, a dependência unilateral, genética, funcional e extintiva destes contratos em relação à obrigação principal explica que seja frequente a inserção num mesmo documento do contrato gerador da obrigação garantida e do contrato de garantia, aparecendo este literalmente como mera cláusula daquele. A celebração do contrato de garantia é mesmo, em muitos casos concretos, requisito *sine qua non* exigido de facto pelo credor da obrigação garantida para a celebração do contrato de que emerge esta obrigação. Apesar da união funcional que os liga e da eventual coincidência entre as partes, os dois contratos apresentam objetos diferentes e diferentes funções (função de risco, no contrato de garantia, e, em regra, função de troca, no contrato garantido).

Posto isto, importa referir que ao contrário do que foi supra mencionado relativamente ao crédito bancário, as garantias pessoais não são registadas na folha de balanço da instituição de crédito. Ao invés, estas são assinaladas, nas demonstrações ou contas de resultados, enquanto imparidades, tal como já tinha supra referido. E, por isso, para melhor apreensão destes dois conceitos – demonstração de resultados e imparidades – iremos dedicar o ponto que se segue aos mesmos.

1.1. Demonstração de Resultados: A relevância das imparidades

A quantia escriturada de um ativo, presente nas demonstrações financeiras, pretende espelhar o seu potencial de benefícios ainda por usufruir. Contudo, a realidade do mundo económico, por vezes, não é previsível, e por conseguinte, em determinadas situações pode conduzir à diminuição inesperada de valor de um ativo. Assim, a quantia escriturada de um ativo deverá ser ajustada para refletir, de forma adequada, o potencial de benefícios económicos futuros que se espera vir a obter da utilização desse ativo. Isto conduz-nos diretamente à problemática da imparidade dos ativos, ou seja, às perdas de valor não previsíveis e, por isso, não incluídas na estimativa da depreciação ou amortização periódica.

⁸⁶ CORTEZ, Francisco CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, II, Julho 1992, p. 546

⁸⁷ BRANCO, Manuel Castelo, *A Garantia Bancária Autónoma no Âmbito das Garantias Especiais das Obrigações*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, I, Abril de 1993, pp. 66 e ss.

⁸⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira, Contratos III – Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco, Almedina, 2015, 2ª Edição, pp. 162 e ss.

O termo “imparidade” significa correntemente, na língua portuguesa, falta de paridade ou desigualdade, a qual, naturalmente, pode ser positiva ou negativa ou, por outras palavras, podemos estar perante situações em que, em termos financeiros, se regista um valor acima do par ou abaixo do par. Considera-se que um ativo se encontra em imparidade quando uma determinada entidade não tiver a capacidade de recuperar a quantia escriturada do ativo através da sua utilização no decurso normal da sua atividade ou então da alienação desse ativo.

Sempre que forem identificadas estas circunstâncias, é necessário proceder-se ao teste de imparidade avaliando a capacidade do ativo de gerar fluxos de caixa futuros, seja através do seu uso continuado ou através da sua respetiva alienação. A análise da referida capacidade vai por sua vez permitir apurar um montante que, comparado com a quantia escriturada do ativo, determinará o montante da perda por imparidade. A perda identificada deverá ser imputada ao ativo, reduzindo o seu valor contabilístico, e ser reconhecida diretamente nos resultados do período em que a perda ocorreu, exceto se se tratar de um ativo revalorizado, sendo neste caso, a perda reconhecida contra o excedente de revalorização ainda existente.

V – Crédito vs. Garantia

1. Conclusões

Face ao exposto, e antes de avançarmos para a posição adotada, decidi fazer um confronto entre estas duas figuras que até então me tenho vindo a debruçar com o propósito de encontrar reposta(s) à minha questão.

Em poucas palavras é possível tirar as seguintes ilações: a garantia, seja ela pessoal ou real, é algo que é exigido pela instituição de crédito com o objetivo de minimizar o risco de crédito associado ao (possível) incumprimento por parte do mutuário.

Não obstante, enquanto o direito de crédito é uma fonte de rendimento do banco devido aos juros e às comissões cobradas por este tipo de prática bancária, a garantia, pelo contrário, não faz parte da estrutura de balanço do banco devido à desvalorização que o ativo dado em garantia está sujeito, não representado uma operação ativa à semelhança daquele.

VI – A Garantia Autónoma: A Operação Bancária

Como já apurámos, a instituição de crédito após ser interpelada deverá cumprir a obrigação para a qual fora incumbida, disponibilizando ao credor, beneficiário da operação,

em nome do devedor-dador da ordem, o capital que lhe deveria ter sido entregue por este último.

Porém, o banco só aceitará ser garante do devedor-dador da ordem mediante as declarações por ele prestadas. Declarações essas que têm de edificar o pilar da confiança entre ambos, pois é do interesse da instituição de crédito readquirir a quantia pecuniária disponibilizada para o efeito.

Por sua vez, na garantia autónoma o devedor-dador da ordem é obrigado, após o acionamento da garantia, a restituir o capital acrescido de juros, para além das comissões que já foram, anteriormente, cobradas. Somando ao ativo do banco quer os juros quer as comissões pagas por aquele.

Também na garantia autónoma o devedor-dador da ordem tem de prestar uma garantia, normalmente uma livrança em branco, de forma a acautelar o reembolso e solvabilidade futura do banco em caso de incumprimento do primeiro.

Portanto, se na teoria se trata de uma garantia pessoal porque o banco, para além do devedor, pode ser interpelado a cumprir a obrigação respondendo com o respetivo património, na prática trata-se de uma operação de concessão de crédito pelo facto de estarem reunidos todos os elementos que compõem o conceito de mútuo bancário, a saber: o capital, os juros, as comissões, as declarações, a confiança, o reembolso e a garantia.

IV – Posição Adotada

1. Garantia Bancária Autónoma. Operação Bancária: Neutra ou Ativa?

Após todo este desenvolvimento, a posição que adoto acerca do tema a que me propus estudar é a de que a garantia autónoma apenas se designa de garantia porque a causa, o escopo deste contrato consiste, enquanto negócio jurídico causal, em garantir o contrato base celebrado entre o devedor-dador da ordem e o credor beneficiário, o qual, como vimos numa fase inicial, pode assumir uma de várias modalidades de negócios existentes na ordem jurídica portuguesa.

Cada vez mais frequente a sua celebração, por empresas, no mundo do comércio nacional e internacional, uma garantia bancária é um documento emitido pelo banco a pedido do seu cliente a favor de outrem (o beneficiário de uma garantia) perante o qual o banco assume a obrigação de, nos termos do texto de garantia, satisfazer determinadas obrigações se estas não forem cumpridas pelo seu cliente, isto é, pelo ordenador da garantia.

Como tal, partilho da opinião que tem vindo a ser defendida pela doutrina maioritária qualificando a relação que se estabelece entre o devedor-dador da ordem e o banco garante como sendo um contrato de mandato sem representação porque o banco garante age no interesse e por conta do devedor-dador da ordem, mas em seu nome pelo facto de o primeiro se vincular a uma obrigação própria e independente (obrigação de garantia) cujo cumprimento só a ele pode ser exigido pelo credor beneficiário. Isto é, o banco garante assume as obrigações decorrentes do ato que celebra, cujos efeitos não se produzem diretamente na esfera jurídica do devedor-dador da ordem e, portanto, do mandante.

PESSOA JORGE, na conclusão da sua dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, define assim o contrato de mandato sem representação: “ (...) aquele pelo qual uma pessoa (mandante) confia a outra (mandatário) a realização, em nome desta mas no interesse e por conta daquela, de um ato jurídico relativo a interesses pertencentes à primeira, assumindo a segunda a obrigação de praticar esse ato; ou, dada a noção de interposição de pessoas, como o contrato pelo qual alguém se obriga para com outrem a intervir, como interposta pessoa, na realização de um ato jurídico que ao segundo respeita”⁸⁹.

O que caracteriza esta forma de mandato, como atrás dito, é o facto de o mandatário agir em seu próprio nome (*nomine proprio*), de que resulta que este adquire os direitos e assume as

⁸⁹ Acórdão do STJ de 12 de Janeiro de 2012, Proc. N.º 987/06.0TBFAF.G1.S1;

obrigações decorrentes dos atos que celebra, embora o mandato seja conhecido dos terceiros que participem nos atos ou sejam destinatários destes⁹⁰.

E, assim, em vez de os atos produzirem os seus efeitos na esfera jurídica do mandante (art. 258.º), produzem-se na esfera do mandatário⁹¹.

Sendo certo que, embora o mandato seja exercido em nome próprio o negócio pertence sempre ao mandante, pelo que os resultados úteis conseguidos pelo mandatário devem ser para aquele transferidos⁹².

A garantia bancária constitui para o devedor-dador da ordem uma solução de apoio à atividade económica, de acesso a melhores condições financeiras e de garantia das obrigações contratuais.

Posto isto, a relação que se estabelece entre o banco garante e o devedor-dador da ordem tem por base a concessão, por meio de empréstimo, de determinada quantia pecuniária, designada na terminologia financeira de capital, com vista a apoiar a atividade económica do mutuário.

Esse capital apenas é cedido ao mutuário com base na promessa de restituição do mesmo, acrescido de juros, o cerne de toda a atividade bancária, e de comissões como forma de remuneração da instituição de crédito pelos serviços financeiros prestados.

A tudo isto antecede, à semelhança de qualquer mútuo bancário oneroso, uma prévia apreciação e decisão em sede de risco de crédito por parte da instituição financeira, bem como da eventual constituição de garantias que o banco considere idóneas para garantir a sua solvabilidade futura.

Regra geral, a contragarantia que é prestada nestas circunstâncias assenta na subscrição de uma Livrança em branco pela Empresa com aval dos sócios e cônjuges. Não obstante, poderão ser negociadas outras contragarantias em função da análise de risco de crédito obtida através das declarações que são prestadas pelo mutuário, no caso em concreto, devedor-dador da ordem.

Construídas as bases que edificam a confiança, pressuposto fulcral da atividade de concessão de crédito, o banco cede, ao devedor-dador da ordem, os fundos estipulados no texto de garantia bancária, os quais são provenientes dos depósitos efetuados pelos agentes económicos tais como: o Estado, as famílias, as empresas, etc.

⁹⁰ Acórdão do STJ de 12 de Janeiro de 2012, Proc. N.º 987/06.0TBFAF.G1.S1;

⁹¹ Acórdão do STJ de 12 de Janeiro de 2012, Proc. N.º 987/06.0TBFAF.G1.S1;

⁹² Acórdão do STJ de 12 de Janeiro de 2012, Proc. N.º 987/06.0TBFAF.G1.S1;

Também no texto da garantia bancária, regra geral, é estipulado que o banco pode comunicar à central de responsabilidades de crédito do Banco de Portugal as responsabilidades em nome do proponente decorrentes do presente contrato de emissão de garantia bancária e em nome dos Garantes os montantes das garantias prestadas a favor do banco, reforçando, por isso, uma vez mais, a ideia de que estamos perante um verdadeiro mútuo bancário.

Portanto, e tal como já afirmei, se é verdade que, teoricamente, estamos perante uma garantia pessoal pelo facto de o banco, para além do devedor, poder ser chamado a responder com o seu património. Por outro, e face ao supra mencionado, ao ser acionada, esta que é designada de garantia autónoma e por mobilizar meios financeiros para investimentos reprodutivos, “transforma-se” numa verdadeira operação de concessão de crédito e, portanto, num verdadeiro mútuo bancário oneroso enraizado, em termos contabilísticos, numa verdadeira disponibilidade bancária a partir do momento em que o capital emprestado acrescido dos juros e das comissões pagas pelo devedor-dador da ordem regressa aos cofres da instituição de crédito, afastando toda a neutralidade que pudesse estar associada a este tipo de operação.

A existir uma operação neutra, será em torno da garantia prestada pelo devedor-dador da ordem à instituição bancária como forma de restituição do capital, em caso de incumprimento por parte do primeiro. Pois, perante tal circunstância o ativo dado em garantia pode desvalorizar ou, inclusive, valer menos que a quantia que fora disponibilizada. E, então, neste caso estamos perante as chamadas perdas por imparidade, as quais não chegando para cobrir o valor financiado, são registadas, como já referi, nas demonstrações de resultados, as quais não fazem parte da estrutura de balanço do banco, dado este ser apenas constituído pelo ativo, passivo e por capitais próprios.

Posto isto, a garantia bancária, que é uma operação ativa dos bancos destinada a assegurar o cumprimento de obrigações contraídas pelo cliente perante terceiro, pode assumir diversas modalidades, tais como a de fiança, mandato de crédito, aval, aceite bancário (quando a este se não siga o desconto ao balcão do próprio banco), e, também, a de garantia autónoma, que é uma espécie particular de garantia criada e desenvolvida no âmbito do comércio internacional.

Concluindo, a garantia bancária autónoma é, enquanto contrato de risco, uma operação ativa que emerge da relação que se estabelece entre o banco garante e o devedor-dador da ordem pelos motivos já antes evidenciados, desempenhando um papel crucial para estas instituições por ser uma fonte de lucro. É a sua autonomia, a sua independência em relação

ao contrato base que faz dela uma verdadeira disponibilidade bancária. Isto é, a relação que se estabelece entre devedor e garante emerge, na minha opinião, da celebração de um contrato de mútuo bancário oneroso, constituindo a verdadeira garantia (pessoal) aquela que é prestada pelo devedor/mutuário enquanto obrigação acessória, destinada a assegurar o direito de reembolso e, portanto, a solvabilidade futura do Banco Garante.

Conclusão

O desenvolvimento do Comércio Internacional, em meados do século XX, ditou o surgimento da garantia bancária autónoma.

Em Portugal, apesar das referências feitas à figura, primeiro por Vaz Serra, em 1957, e por Mota Pinto, em 1970, o verdadeiro despertar da doutrina verificou-se no início dos anos oitenta, sucedendo-se desde então as mais doudas contribuições dos autores portugueses.

Esta que é considerada, atualmente, como a mais energética das garantias nas palavras de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES “a garantia autónoma é a garantia pela qual o banco que empresta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato”.

Do ponto de vista estrutural, a garantia bancária pressupõe uma relação triangular: a relação entre o credor e o devedor; a relação entre o devedor – dador da ordem e o garante e, por último, a relação entre o garante e o credor beneficiário.

Quanto à primeira, importa salientar que o contrato base (ou subjacente) celebrado entre aqueles que assumem as posições de ordenador e de beneficiário, e de que resulta uma relação obrigacional em que o ordenador é devedor e o beneficiário é credor, pode assumir uma natureza variável, sendo mais frequentes os contratos de empreitada, de prestação de serviços, de compra e venda e de mútuo

Da relação que se estabelece entre garante e devedor-dador da ordem e tendo como pressupostos, aceites pacificamente, que por força deste contrato o banco se obriga perante o dador da ordem, mediante retribuição, a celebrar com um terceiro um contrato autónomo de garantia, perfeitamente independente desse primeiro contrato como também da relação jurídica de base que visa garantir, parece mais rigoroso qualificar o contrato em análise como sendo um contrato de mandato (sem representação).

Da relação entre garante e credor emerge o contrato através do qual é prestada a garantia autónoma ao credor, a qual tem por objeto uma determinada quantia pecuniária.

Para além da sua estrutura triangular, duas são as características que a constituem: por um lado, a autonomia e, por outro, a automaticidade. Todavia e segundo MARGARIDA LIMA REGO, “nem todas as garantias autónomas são automáticas: nem a automaticidade implica a autonomia, nem esta exige automaticidade, podendo existir garantias autónomas não automáticas”.

Quanto à qualificação jurídica, a garantia bancária autónoma é um contrato inominado e atípico. A sua legitimidade ou admissibilidade tem por base o princípio da liberdade contratual ou da autonomia privada das partes previsto nos termos do artigo 405º do CC.

Esta que é defendida pela doutrina como sendo um negócio jurídico causal devido à função económico-social que desempenha, a garantia autónoma é independente da relação subjacente, não admitindo por isso, em princípio, que o garante se oponha ao pagamento invocando exceções provenientes das relações estabelecidas no contrato base entre o devedor e o credor, sendo considerada esta a sua maior vantagem.

Apesar da sua inegável importância jurídica, não podemos deixar de reconhecer a garantia bancária autónoma enquanto operação bancária. Se é uma operação neutra ou ativa essa é a questão que, dando nome a esta dissertação, pretendia dar resposta.

Na minha ótica trata-se de uma operação ativa, tal como o mútuo bancário, pois todos os elementos estruturantes desta figura são-no também da garantia autónoma. Porém, a contabilidade trata as garantias como imparidades, logo como operações neutras que “extravasam” aquela que é a folha de balanço de um banco para serem inseridas nas demonstrações de resultados. Para além disso, existe, ainda, doutrina portuguesa que qualifica a garantia autónoma como uma garantia pessoal.

Após um confronto entre duas figuras e seus elementos estruturante: de um lado, o crédito bancário e, portanto, uma disponibilidade bancária, e, do outro, as garantias pessoais e, portanto, uma imparidade bancária, cheguei à seguinte conclusão: se é verdade que, teoricamente, estamos perante uma garantia pessoal pelo facto de o banco, para além do devedor, poder ser chamado a responder com o seu património. Por outro, e face ao supra mencionado no desenvolvimento desta dissertação, ao ser acionada, esta que é designada de garantia autónoma e por mobilizar meios financeiros para investimentos reprodutivos, “transforma-se” numa verdadeira operação de concessão de crédito e, portanto, num verdadeiro mútuo bancário oneroso enraizado, em termos contabilísticos, numa verdadeira disponibilidade bancária a partir do momento em que o capital emprestado acrescido dos juros e das comissões pagas pelo devedor-dador da ordem regressa aos cofres da instituição de crédito, afastando toda a neutralidade que pudesse estar associada a este tipo de operação.

A existir uma operação neutra, será em torno da garantia prestada pelo devedor-dador da ordem à instituição bancária como forma de restituição do capital, em caso de incumprimento por parte do primeiro. Pois, perante tal circunstância o ativo dado em garantia pode desvalorizar ou, inclusive, valer menos que a quantia que fora disponibilizada. E, então, neste caso estamos perante as chamadas perdas por imparidade, as quais não

chegando para cobrir o valor financiado, são registadas nas demonstrações de resultados, as quais, por seu turno, não fazem parte da estrutura de balanço do banco, dado este ser apenas constituído pelo ativo, passivo e por capitais próprios.

Concluindo, se na teoria se trata de uma garantia pessoal, na prática trata-se de uma verdadeira operação de concessão de crédito pelo facto de, na figura estudada, estarem reunidos todos os elementos que preenchem o conceito de mútuo bancário (oneroso), a saber: o capital, os juros, as comissões, as declarações, a confiança, a restituição/o reembolso e a garantia.

Jurisprudência

Acórdão do STJ de 5 de Junho de 2003, Proc. N.º 1466/03;

Acórdão do STJ de 12 de Janeiro de 2012, Proc. N.º 987/06.0TBFAF.G1.S1, relatado por Serra Baptista;

Acórdão do STJ de 20 de Março de 2012, Proc. N.º 7279/08.8TBMAL.P1.S1, relatado por Fonseca Ramos;

Acórdão do STJ de 22 de Maio de 2014, Proc. N.º 724/12.0YYPRT-A.P1.S1, relatado por Granja da Fonseca;

Acórdão do STJ de 27 de Setembro de 2016, Proc. N.º 174/13.0YYPRT-A.P1.S1, relatado por Fernandes do Vale;

Acórdão do TRL de 17 de Maio de 2012, Proc. N.º 376/12.7TVLSB-A.L1-6, relatado por Fátima Galante.

Bibliografia

ABREU, Margarida, António Afonso, Vítor Escária, Cândida Ferreira, *Economia Monetária e Financeira*, Escolar Editora, 2ª Edição, 2012;

ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Contratos III – Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco*, Almedina, 2015, 2ª Edição;

ALMEIDA COSTA/PINTO MONTEIRO, *Garantias Bancárias, O contrato de garantia à primeira solicitação* (parecer), in *Coletânea de Jurisprudência*, XI, 1986;

BARROSO, Maria da Nazaré; **COUTO**, Eduardo e **CRESPO**, Nuno, *Cálculo e Instrumentos Financeiros – Da Prática para a Teoria*, Escolar Editora 2ª Edição, 2009;

BASTOS, Miguel Brito, “*A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Manuel Sérvulo Correia*, Volume III, Coimbra Editora, 2010;

BESSIS, Joel, *Risk Management in Banking*, 2ª edition, Jonh Wiley and Sons, Ltd.;

BRANCO, Manuel Castelo, *A Garantia Bancária Autónoma no Âmbito das Garantias Especiais das Obrigações*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, I, Abril de 1993;

CARAMELO, António Sampaio, “*A garantia bancária à primeira solicitação – sua autonomia e instrumentalidade*”, Anotação do Ac. do STJ de 5 de junho de 2003, Proc. n.º 1466/03, pp. 115 - 116, in <http://www.estig.ipbeja.pt>;

CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*, Almedina, 2014;

CORREIA, A. Ferrer, *Doutrina – Notas para o Estudo do Contrato de Garantia Bancária*, *Revista de Direito e Economia*, 1982, n.º 2;

CORTEZ, Francisco Dias, *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, Relatório apresentado para o curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Comerciais, em 31 de Outubro de 1991, na Universidade Católica Portuguesa, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, II, Julho 1992, pp. 513 a 609;

ESCRIBANO, Selina Serrano, *La Garantía a Primera Demanda*, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 999, n.º 9, 281-297;

Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação: Algumas Questões, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2002;

GOMES, Manuel Januário da Costa, “Sobre a mora do garante na garantia bancária autónoma”, *Estudos de Direitos das Garantias*, Vol. I, Almedina, 2004;

GOMES, Maria de Fátima Morais – “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação”, *Direito e Justiça* (1994), vol. VIII, tomo 2, pp. 119 a 210;

JARDIM, Mónica – “A Garantia Autónoma”, Coimbra, Almedina, 2002;

LEITÃO, Luís Menezes, *Garantia das obrigações*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2012;

LIMA, Pires e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Vol. I, 4.ª Edição Revista e Atualizada., Coimbra Editora, Fevereiro 2011;

MARTINEZ, Pedro Romano, “*Garantias Bancárias*”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, 2002;

MARTINEZ, Pedro Romano/Pedro Fuzeta da **PONTE**, *Garantias de Cumprimento*, 4ª Edição, Almedina, 2006;

NEVES, João Carvalho das, *Análise e Relatório Financeiro – Uma Visão Integrada de Gestão*, Texto Editores, Lda., 5ª Edição, 2012;

PATRÍCIO, José Simões, *Direito Bancário Privado*, Quid Iuris, 2004;

PATRÍCIO, José Simões, “*Preliminares sobre a garantia “on first demand”*”, *Advogados*, Ano 43, III, 1983;

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Garantia Bancária Autónoma in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992;

PINTO, José Costa, *A (eventual) Transmissão Automática da Garantia Bancária em caso de Cessão do Crédito Garantido*, Lisboa, 2010;

REGO, Margarida Lima,” *Garantias Bancárias e Seguros de Crédito e Caução*” em *Direito Bancário – CEJ*, pp. 213 e ss;

RIBEIRO, António Sequeira, *Garantia bancária à primeira solicitação: Algumas Questões*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 289 e ss;

SILVA, João Calvão da – “Garantias Acessórias e Garantias Autónomas”, *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Coimbra, Almedina (1996), pp. 331 a 361;

TELLES, Galvão, “*A Garantia Bancária Autónoma*”, in *O Direito*, ano 120.º, 1988, III-IV (Jul.-Dez.), pp. 283 e ss:

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Almedina, 2011.

Índice

| | |
|---|----|
| Introdução | 1 |
| Capítulo I - Breve Análise à Figura Jurídica da Garantia Bancária Autónoma..... | 2 |
| I – Aspetos Introdutórios | 2 |
| 1. Breve Perspetiva História: Origem e Evolução da Figura..... | 2 |
| 2. Conceito de Garantia Bancária Autónoma | 2 |
| 3. Garantia Bancária Autónoma: Classificações..... | 5 |
| 3.1. Classificação quanto ao fim | 5 |
| 3.2. Classificação quanto ao carácter direto e indireto da Garantia..... | 6 |
| 3.3. Classificação quanto à automaticidade..... | 7 |
| 4. Características | 8 |
| 4.1. Característica Fundamental: Autonomia | 8 |
| 4.2. Característica Eventual: Automaticidade..... | 9 |
| II – Da Caracterização Geral da Garantia Bancária Autónoma | 10 |
| 1. Estrutura: Relações Jurídicas envolvidas | 10 |
| 1.1. Considerações Gerais | 10 |
| 1.1.1. A relação entre credor e devedor..... | 10 |
| 1.1.2. A relação entre devedor – dador da ordem e o garante..... | 11 |
| 1.1.2.1. Os direitos do garante após o pagamento da garantia..... | 13 |
| 1.1.3. A relação entre o garante e credor beneficiário | 14 |
| 1.1.3.1. Qualificação Jurídica de Garantia Bancária Autónoma..... | 16 |
| 1.1.3.2. A Recusa da Prestação pelo garante..... | 18 |
| III - Relevância prática da Garantia Bancária Autónoma | 20 |
| 1. Vantagens na utilização da Figura | 20 |
| Capítulo II -A Garantia Autónoma enquanto operação bancária | 23 |
| I – Aspetos Introdutórios | 23 |
| 1. Operações bancárias..... | 23 |
| 1.1. Operações Ativas | 24 |
| 1.2. Operações Passivas..... | 24 |
| 1.3. Operações Neutras | 25 |
| II – O Balanço de um Banco | 25 |
| 1. Noção de balanço | 25 |
| 1.1. Ativo | 26 |
| 1.2. Passivo | 27 |

| | |
|--|----|
| 1.3. Capitais Próprios..... | 27 |
| 2. Atividades fora de balanço | 28 |
| III – Do Crédito Bancário: | 28 |
| 1. O Crédito Bancário: Conceito, Modalidades e Vantagens | 29 |
| 2. Elementos do Crédito Bancário..... | 30 |
| 2.1. Os Juros | 31 |
| 2.2. Comissões e outras despesas | 33 |
| 2.3. Declarações e Garantias | 33 |
| IV – Das Garantias..... | 34 |
| 1. As Garantias prestadas e/ou recebidas pelos bancos: As Garantias Pessoais | 35 |
| 1.1. Demonstração de Resultados: A relevância das imparidades | 36 |
| V – Crédito vs. Garantia | 37 |
| 1. Conclusões | 37 |
| VI – A Garantia Autônoma: A Operação Bancária..... | 37 |
| IV – Posição Adotada | 39 |
| 1. Garantia Bancária Autônoma. Operação Bancária: Neutra ou Ativa? | 39 |
| Conclusão | 43 |
| Jurisprudência..... | 46 |
| Bibliografia..... | 47 |